TEORIA
DELL'INTERPETRAZIONE LOGICA
DEL
DIRITTO IN GENERALE
E DEL
DIRITTO ROMANO IN PARTICOLARE

DI

A. F. J. THIBAUT

Versione dal tedesco

PER

DONATANTONIO DE MARINIS

GIUDICE

PRESSO GIUSEPPE MARGHIERI EDITORE
Strada Monteoliveto 37 p. p., e Strada Toledo 316.

1872

Digitized by Google

Napoli — Stamperia della R. Università

10·8·231

A MIO PADRE

Le difficoltà dell' argomento, e la pochezza delle mie forze richiesero da me ogni studio, e cura, per voltare in italiano quest' opera del Thibaut, piccola per mole, per sapienza grandissima. Da quello studio, e da quelle cure un po' di amore mi è nato nell' animo per questo mio lavoro quale che siesi; però consenti, o Padre, che a te l' intitoli, perchè il tuo nome, come d' ogni altro mio affetto, così sia in cima anche di questo.

Cassino 1872.

DONATANTONIO DE MARINIS

Digitized by Google

PREFAZIONE

ALLA PRIMA EDIZIONE

Sono già parecchi anni ch'io lavoro intorno ad una sistematica e completa Ermeneutica del Diritto Romano, ma ora ben m' avvedo che il riuscire nel mio intento non sia poi opera da poter compiere in così breve tempo, come pur da principio sperava. Gli scritti finora pubblicati su questo argomento meritano appena il nome di sistemi; e sono, nella loro essenza, tanto incompleti, che solo mercè lunghe, ed assidue indagini, può riuscirsi a mettere insieme gli sparsi materiali che loro mancano.

E perocchè il trattare dell'interpetrazione logica ha per me uno speciale interesse, nè si richiede a tale uopo gran corredo scientifico, do ora per le stampe una teoria intor-

Digitized by Google

no ad essa, siccome prova dell' opera intera, che sarà soltanto in seguito pubblicata. Ed avrò io raggiunto del tutto lo scopo precipuo propostomi nel render pubblico questo scritto, se lo si vorrà assoggettare ad una critica severa, mettendo me così in condizioni da poter più tardi mandare a termine alcuna cosa di meglio, e di più completo.

Ho per certo chè quelli fra i miei lettori, i quali sono liberi da pregiudizii, non vorranno farmi rimprovero, per non essermi adoperato a corredare questo mio lavoro d' un gran numero di dotte citazioni; imperocchè essi debbono ben conoscere quanto ciò sia cosa facile, ed insieme inutile. Ancora, non temo che vorrà imputarmisi a colpa l' avere preteriti interamente taluni principii, intorno allo sviluppo de' quali, altri moltissimo si affaticarono, e che pur s' appresentano spontanei ad ogni sana intelligenza. A volte, egli è vero, tralasciai d' occuparmi di una qualche teoria non importante, e ciò feci perchè la spiegazione di essa dipendeva da materie, le quali sono oltre i limiti da me og-

Digitized by Google

gi assegnatimi. Nulladimeno spero non aver obbliato alcun principio essenziale.

Secondo il mio disegno, deve la interpetrazione logica, in quel significato che suol comunemente darlesi, formare argomento unico di questo scritto. Quindi è che invano si domanderebbero ad esso delle nozioni di logica giuridica, malgrado sia questa scienza anche importantissima; tuttavolta sarà detto, nella parte generale, e nel trattare dell'interpetrazione grammaticale, quel tanto di essa che abbia con l'Ermeneutica alcun rapporto, o legame.

A. T.

Digitized by Google

PREFAZIONE

ALLA SECONDA EDIZIONE

Questo scritto vede ora la luce per molti aspetti mutato, e come al meno io spero, emendato; ma non certamente così da rispondere ad ogni aspettazione ed esigenza. Quanto a me, accoglierò volenteroso qualunque ragionevole critica, o rimprovero voglia farmisi: solamente desidero che non si obblii quale fu lo scopo che mi proposi sin da principio; quello cioè di pubblicare, siccome mera prova, questo lavoro che è parte di altro ben più esteso, e completo. Egli è per questo che non tutto sarà per apparire in esso così lucidamente, come pure avverrà allorchè i rapporti, che sono fra la parte, e l'intero, saranno conosciuti. Inoltre fa d'uopo considerare che non si può, rivedendo, e limando ciò che fu scritto, correggere o toglier via tutto quello che la prima volta venne detto, e che pur si sarebbe meglio, e più acconciamente esposto, se fin d'allora si fossero le cose esaminate con la scorta di quei concetti, i quali solo più tardi alla mente si rivelarono.

A. T.

Digitized by Google

INTRODUZIONE

NOZIONI GENERALI (1)

§ 1.

Chiunque enuncia alcuna proposizione ha in animo di manifestar con essa un suo pensiero, e questo, quale oggetto del discorso, e delle indagini altrui, è ciò che vien detto veramente senso del discorso medesimo. Che se tale senso vogliasi dedurre dalle ragioni fondamentali, ciò dicesi interpetrazione (*interpretatio*), siano o pur no le voci adoperate di per se medesime oscure, e bisognevoli di alcun comento (2).

(1) Veggasi intorno a tale materia anche Hübner — Spiegazioni e Commenti delle istituzioni di Dritto Romano. Leipzig 1801 pag. 171 a 190. G. S. Feucher *de natura et formis interpr. et hermeneutices civilis observ.* Spec. 1 e 2. Lipsia 1804. K. S. Zachariae. Saggio d'una ermeneutica generale del diritto. Meissen 1805. F. Schoemann, Manuale di diritto civile. Lib. I. Giessen 1806 pag. 65 a 137.

(2) L. I. §. II. *de ventre inspic.* Vedi i miei saggi 2. Lib. IX. Edizione.

Digitized by Google

Un sistema di siffatte regole, quanto all'interpretazione delle leggi, vien chiamato arte d' interpretazione giuridica (*Ermeneutica iuris*).

§ 2.

Da colui che ben pensa, e ben si esprime, sarà la mercè delle parole manifestato per l'appunto ciò che egli dir voleva, o doveva. Così nelle leggi perfette, ciò che il legislatore doveva esprimere a seconda delle ragioni sulle quali il suo precetto si fonda *(ratio legis)*, coincider debbe con ciò che egli mediante i vocaboli ha espresso (lettera della legge), e con questo (cioè con l'idee, che il comune uso del linguaggio del popolo, o quello speciale d'una certa classe di persone collega alle parole), dev'ancora accordarsi ciò che il legislatore pensava, e davvero voleva esprimere con le voci da lui adoperate (fine del legislatore). Anche può avvenire che sia il legislatore non conseguente nel dedurre i suoi precetti dalle ragioni che lo guidarono, e che per errore adoperi voci non adatte alla manifestazione delle sue idee, quali egli veramente voleva esprimerle. È mestieri in tal caso discernere nella legge tre cose fra loro indipendenti, e distinte: primieramente le espres-

sioni adoperate, di poi lo scopo del legislatore, e finalmente il risultamento (le conseguenze pratiche) della ragione della legge medesima. In verità due opinioni veggonsi professate a tal proposito dagli scrittori antichi, e da' moderni. Oppongono taluni alla lettera della legge lo scopo del legislatore, e reputano la ragione di essa soltanto siccome uno degli svariati mezzi mediante i quali tale scopo può intendersi (1); mentre invece altri pensano (2) non poter essere quel che fu detto innanzi scopo del legislatore, se non ciò che risulta dall'uso speciale del linguaggio da lui adoperato, epperò appartenersi alla grammaticale interpretazione, dovendo questa anche delle tecniche espressioni occuparsi.

Ma egli è agevole il confutare tali concetti. Difatti quelle conseguenze, le quali traggonsi dalla ragione della legge, se le medesime non furono dal legislatore prevedute, sono per l'appunto ciò che questi non aveva in animo di esprimere, e che però senza speciale intenzione di lui, dalle generali ragioni deducendole, nelle leggi comprendesi (3). Così pure s'intende assai di leggieri che gli er-

(1) *Grotio de jure belli, ac pacis* Lib. I. Cap. 19 n. 8.
(2) Teucher. Spec. I. n. II.
(3) L. 12 e 13 de LL.

rori, e le inavvertenze nella scelta delle parole, in verun modo s' abbiano a ritenere siccome una particolare maniera di dire. Questa vien costituita soltanto dall'attribuire che qualcuno faccia a disegno, ed a seconda di qualche regola, un significato speciale a talun vocabolo, dipartendosi dal comune uso, ed in quanto, conformemente a quella norma, intenda egli esprimer sempre un pensiero medesimo, quante volte di quella parola si serva. Invece un errore non avvertito, appunto perchè lo si sconosce non appena vien scorto, non può in veruna maniera considerarsi quale uso di esprimersi; così, a mo' d'esempio, se una volta sola abbia uno scrittore non pensatamente adoperato per errore un vocabolo, nessuno al certo chiamerà ciò una maniera di dire propria di lui. Vuolsi del rimanente comprendere nelle vedute del legislatore non ciò soltanto che gli si appresentò al pensiero allorchè la legge fu concepita, ma sì ancora tutto quello che debb'anche ammettersi in ipotesi speciali, a norma de' comuni precetti giuridici: s'accordano così perfettamente quelle tre parti, di che innanzi è parola; chè s'egli è imposto al giurista di dovere non dipartirsi dalla lettera della legge, pure qualora egli giunga ad intenderne lo spirito

(sententia, vis, ac potestas legis), il risultamento cioè della ragione di essa, insieme allo scopo del legislatore, ben deve allora dal senso letterale dipartirsi, e quello a preferenza considerare (1). Tutti i ragionamenti che seguono dimostreranno quanto sia importante per gravi conseguenze, il distinguere lo scopo speciale, da ciò che risulta dal senso letterale, e dalla ragione d'alcun precetto legislativo.

§ 3.

Hanno le leggi, siccome suol dirsi, imposto il dovere a' giudici di non tenersi contenti soltanto alla lettera del diritto, ma sì invece di porre mente in preferenza allo spirito di esso. Consiste in ciò il noto distinguersi dell'interpretazione in grammaticale, ed in logica. Questa s'occupa solamente della ragione della legge, e dello scopo del legislatore, quella invece esamina il mero senso letterale, e trova il suo limite colà, dove non è dato l'intendere il precetto legislativo mercè il solo uso del linguaggio. Egli è per questo che da'più si pensa, ed a ragione, che

(1) L. 12, L. 29 *de* LL. L. 32 §. 16 *de donat. int.* V. *et* U. L. 13 §. 2 *de excusat.* L. 7 §. 2 *de suppellect. legat.* L. 6 §. I. *de* V. S.

Digitized by Google

non sia dell' interpretazione grammaticale l'indagare il concetto vero di quelle leggi che si possono in varii modi interpretare, perocchè questa varia interpretazione di sua natura può essere spiegata soltanto da ciò, che dal concetto della legge è dedotto. Adunque v'ha fra l'interpretazione grammaticale, e la logica un'assai importante, e ben determinata linea di confine.

I Romani non conoscevano le denominazioni anzidette. L'interpretazione grammaticale viene in più luoghi, ed in quanto prescinde dallo spirito della legge, appellata, *strictum jus*, ovvero *dura interpretatio* (1). Quanto all' espressione *interpretazione logica*, anche questa doveva affacciarsi assai spesso alla loro mente, perocchè nessuna maniera d' interpretare abbisogni della logica più di questa; ma checchè sia di ciò, sarebbe cosa inutile, l'abbandonare un modo di esprimersi generalmente accettato. Ed anche questa divisione dell' interpretazione in grammaticale, ed in meramente logica vien da parecchi rigettata, essendo che non possa dirsi interpretare secondo l' uso del linguaggio, se comprendonsi nella legge

(1) L. S. C. *de judic.* L. 25 *de* LL.
J. H. Boehmer *de interpr. gramm. lat. et usu.* §. 4 not. 9.

delle ipotesi non pensate dal legislatore, e Bach (1) ascrive ad errore dell'ermeneutica di Eckhard che siesi in essa trattato anche della *così detta* logica interpretazione. Io peraltro non posso in siffatta opinione consentire, e ciò che Bach osserva, solamente a quella interpetrazione si riferisce, la quale, senza pure esaminare ciò che dal legislatore pensavasi, trae le sue deduzioni soltanto dalla ragion della legge. Oltre a ciò bene è lecito prendere la voce interpretazione in un significato più largo, comprendendo cioè in essa tutto quello che mediante il linguaggio può conoscersi dell'intento generale, o speciale di colui che parla; il quale significato non era sconosciuto neppure ai Romani.

E qui io mi limito a rimandare alla legge 18 de LL. nella quale Celso così si esprime: *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.* Si osservi ancora che tutto quello, che può dedursi dalla ragione della legge debbe ritenersi per una tal quale giuridica finzione, siccome speciale volontà del legislatore, e che però anche l'interpretare a questo modo è fondato sullo speciale scopo di lui, giuridicamente sup-

(1) Critica imparziale Lib. II. parte I. pag. 8 e 10.

posto: adunque non è poi malagevole il conservare l'interpretazione logica nel grado finora assegnatole (1).

§ 4.

Perchè l'ermeneutica del diritto raggiunga il suo scopo, non basta sia limitata soltanto allo sviluppo di quei principii, i quali ne'casi dubbii debbonsi ad una data raccolta di leggi applicare, ma, altresì è mestieri considerare l'indole di quella particolare legislazione, e così più opportunamente i principii generali scovrire, determinare, ed esplicare. Epperò io prima tratterò dell'interpretazione logica in generale, e poi di quella speciale del Diritto Romano. Che se le mie forze lo consentiranno, m'intratterrò nella seconda parte su ciascuna branca del diritto comune (2): del rimanente preferirò il con-

(1) Vedi anche Feucher, all'opera citata, spec. II. n. II.

(2) Verissimo è ciò che Pütter, nel trattare del modo migliore di riferire intorno ad un processo, dice della difficoltà di ridurre ad una sola l'arte d'interpretare ogni specie di leggi, e di dubbii giuridici. Come infatti sarebbe possibile ad un solo uomo il riuscire in questo intento, mentre tanta perseveranza e tanto discernimento pur si richieggono per esporre completamente, e lodevolmente alcuna cosa intorno ad una legislazione soltanto?

Digitized by Google

fessare con franchezza la povertà delle mie forze, al trattare scientemente alcuna cosa in maniera soltanto superficiale.

§ 5.

Essendo lo scopo proprio di quest' Opera ristretto allo sviluppo di taluni punti, e principii determinati, non abbisogno d' alcuna indulgenza, se la letteratura intorno all'oggetto di essa trasando interamente. Le scritture più importanti sono citate nella biblioteca Lippenisciana, e nella prefazione di Walch all' Ermeneutica di Eckhard, e soltanto poche fra esse meritano essere conosciute. L' acume maggiore rattrovasi senza dubbio negli scritti degli antichi, che sono anche i più completi, ma pure quanta filosofia, ed indipendenza dall'opinione comune non manca in essi! Però egli è agevole il prevedere, che anche i concetti degli antichi giuristi non possano oggi accontentare coloro, i quali meditano intorno a tali discipline. Che si legga ora per esempio ciò che di questa materia scrissero il Donello (1) il

(1) *Comment. de* Iur. civ. Libro I. Capitoli 13 e 14.

Forster (1), il Franzke (2), ed il Rapolla (3)! Da' più moderni scrittori, i quali nelle cose dell'intelligenza non rifulgono per maggior serietà di dottrina, e che anche raramente d'una diligente disamina s'occuparòno, in verità parecchi errori degli antichi furono fuggiti; ma d'altra parte si ricerca invano negli scritti loro pienezza, e concisione. Perchè sia tale mia sentenza giustificata, basta ch'io rinvii il lettore a'commentarii delle Pandette pubblicati dal principio di questo secolo, nei quali appena sono poveramente sviluppati i principii più essenziali, e quel poco che pur fu aggiunto di nuove eleganze, certo non valse a poter far di meno delle opere degli antichi.— Però anzichè premettere una completa esposizione letteraria, mi terrò contento a rammentare ne'luoghi opportuni, ciò che di essa mi parrà maggiormente degno di essere notato.

(1) *De juris interpr.* Libro II. Cap. 2 a 5.

(2) *Comment.* ad P. Tit. *de* LL.

(3) *De jureconsulto.* L. II, par. 72 pagine 132 a 206 della traduzione di Griesing.

Vedi i miei saggi. Libro I, pag. 20.

Digitized by Google

PARTE PRIMA

DELL'INTERPRETAZIONE LOGICA DEL DIRITTO IN GENERALE.

CAPITOLO I.

RIPARTIZIONI E PRINCIPII GENERALI.

Specie dell'interpretazione logica.

§ 6.

L' interpretazione logica spiega lo spirito delle leggi, e questo rintraccia parte in ciò che il legislatore veramente pensava, e parte nelle ragioni loro (§. III). Essa dunque in due specie principalmente dividesi, in interpretazione cioè secondo lo scopo del legislatore, ed in interpretazione secondo le ragioni delle leggi (1). Hanno, egli è vero, gli

(1) Di diverso avviso e H. G. Wittich nelle sue *obbiezioni contro le divisioni finora accettate dell' interpretazione logica.* Gottinga 1798, e nell'altra sua opera: *Taluni chiarimenti intorno alla logica interpretazione.* Gottinga 1800.

Digitized by Google

odierni giuristi in generale, dato solo a questa seconda specie il nome d'interpretazione logica: ma ciò non è ragionevole. Imperocchè coloro i quali pe' primi l'interpretazione distinsero in grammaticale, ed in logica, di quest' ultima espressione si servirono a dinotare appunto quella maniera d' interpretare, che fa manifesto lo spirito, o come i romani dicevano, la *sententia* delle leggi. E tale spirito non solamente consiste nelle ragioni di esse, ma sì ancora in ciò che dal legislatore voleva esprimersi. Che se oggi ai giuristi vien prescritto d' esaminar quello spirito nel duplice significato anzidetto, egli è a ritenere che veramente esista quella duplice maniera d'interpretazione, che sin da principio fu detta logica: non debbesi però cangiare nella scienza il significato di tale voce di già accettato (e che è oramai divenuto storico), ma fa d' uopo adoperarsi potentemente, per rinvenire una voce che ai due fattori, i quali costituiscono l'interpretazione logica, sia più adatta, e meglio li esprima.

§ 7.

Il fondamento dell'interpretazione logica è affatto diverso da quello della grammati-

cale, e può bene avvenire o che l'una e l'altra concordino ne' loro risultamenti, o che non si contraddicano direttamente, siccome possono anche essere in antitesi perfetta. Qualora diligentemente si considerino i rapporti che sorgono dal raffrontare i risultati della parola con quelli dello spirito d'una legge, le seguenti ipotesi s'appresentano alla mente:

I. I risultati dell'interpretazione logica sono in diretta opposizione con la lettera della legge; ed in tal caso, o si aggiunge a questa alcuna cosa che non era nelle sue parole, e si avrà l'interpretazione estensiva (*extensiva*, o meglio *extendens*), ovvero vien messa in non cale alcuna sua espressione, senza aggiungere nulla, e tale interpretazione dicesi abolitiva (*abrogans*).

E qui nuovamente due casi debbono considerarsi, quello cioè che sia non curata l'intera legge, siccome avviene allorchè, secondo molti pensano potersi fare, una legge è non curata del tutto per non essere più sussistenti le ragioni di essa; e l'altro caso che un precetto legislativo sia integralmente riconosciuto, ma le sue disposizioni si dichiarino in talune ipotesi non applicabili. (Interpretazione *restrictiva*, o meglio *restringens*). Dalle due ipotesi, di che in-

Digitized by Google

nanzi è parola, naturalmente deriva l'interpretazione mista, la quale consiste nel negarsi dall' interprete alcuna cosa, e nell'aggiungersi alcun che di nuovo; così se egli, mercè della L. 12 C. de LL. dimostri nel tempo stesso che Giustiniano non aveva in animo di vietare qualsivoglia interpretazione, siccome le parole da lui adoperate sembravano voler dire, ma voleva soltanto impedire che a suoi precetti fosse per darsi un senso ad arbitrio, alle regole d'ermeneutica non ottemperandosi.

II. Nessun disaccordo è fra le voci adoperate, e l'interpretazione logica: il che ha luogo, o quando questa ne' suoi risultamenti non contrasti con le espressioni semplici, e chiare, per la quale ipotesi non tenuta presente, non s'è avuto finora alcuna tecnica denominazione (1), o quando essa spieghi una legge di per se anfibologica, ed oscura. In quest'ultimo caso è detta dichiarativa. Le quali tre specie della logica interpretazione, la restrittiva cioè, l'estensiva, e la dichiarativa non comprendono già tutte le altre.

(1) Perocchè s'è pensato che solo per le leggi oscure, ed anfibologiche l'interpretazione poss'aver luogo, il che è falso, secondo che fu detto nel paragrafo primo.

Digitized by Google

§ 8.

Oltre alle tre anzidette, riconoscono i glossatori gran numero di altre specie d'interpretazioni logiche, cioè l'interpretazione *correctivam, expositivam, mediantem, stantem, transferentem, dictantem etc.* (1); le quali distinzioni non tendono che ad un vano moltiplicar di vocaboli, ed è per questo che furono già da gran tempo dimenticate. Invece si è creduto di rinvenire una vera specie nuova d'interpretare da mettere accanto a quella grammaticale, ed alla logica, cioè l'ermeneutica politica, lo scopo della quale, propriamente consiste nel rintracciare (2) se per la nostra moderna costituzione debbasi, oppur no una legge applicare.

Ma siffatta pretesa novella specie non posso io riconoscere.

Che se vuolsi necessariamente a cotesta interpretazione dare anche un proprio nome, ebbene la si chiami anch'essa interpretazione logica. E senza dubbio perchè una legge sia logicamente interpetrata, convie-

(1) Riscontra Forster, opera citata.
(2) Glück. Comm. Lib. I. pag. 34.

Digitized by Google

ne s'attenda non solo ad acquistar la conoscenza del suo significato, ma, come condizione *sine qua non,* fa d'uopo ancora aver riguardo all'indole del soggetto di essa. Le considerazioni politiche non sono che parte di tutto questo, epperò debbesi o rigettare interamente tale politica interpretazione, ovvero farne una novella specie, soltanto se da questa distinzione una utilità vera possa aspettarsi. Quest'ultima cosa non credo possibile, e per tale ragione io siffatta nuova specie non ammetto.

§ 9.

PRINCIPII GENERALI.

Ricerca dello spirito delle leggi.

Innanzi di trattare della sola interpretazione logica, debbono i seguenti principii generali essere e rilevati, e studiati. E primieramente in qual modo è dato all'interprete acquistar la certezza dello scopo del legislatore, o della ragione della legge, per poter far uso dell' interpretazione logica? Debbono per avventura e l'uno, e l'altra sorgere dalla legge stessa, o può egli ritenerli per veri la mercè d'elementi storici, o di ve-

rosimili ipotesi? Parecchi autori d' un tal quesito occuparonsi, ma non so di alcuno che ne abbia inteso la difficoltà; si adoperano tutti ad accumulare i *principia cognoscendi*, e nessuno mostra avvedersi della necessità di fare fra essi una scelta. E pure l' importanza della materia, e l'abuso che ogni giorno vien fatto dell' interpretazione logica, bene avrebbero dovuto in questo, più che in ogni altro caso, richiamare l'attenzione degli scrittori.

Rapolla per risolvere un tal problema altro non sa suggerire, se non di doversi innanzi tutto consultar la legge medesima, e se nulla da essa sia possibile dedurre, ed allora si consultino gl'interpetri migliori, non dovendosi d' altronde ricercar la certezza matematica, ma bastando il contentarsi delle *rationibus probabilibus et civilibus* (1). Eppure questo medesimo scrittore sovente si è doluto della confusione grandissima causata dall'analogia. Maggiormente completi, ma lontani anch'essi da un esame profondo, sono quegli autori più degni d'elogio, i quali un tal problema studiando, caldamente sonosi adoperati a raccomandare al giurista il far tesoro di cognizioni storiche, po-

(1) *De jureconsulto* § 94, traduz. di Griesing.

litiche, matematiche, filosofiche, ed economiche (1). Ma intorno a ciò a nulla gioveranno tutti gli esempî, e le osservazioni concrete, sino a tanto che la quistione non venga proposta nettamente, e non si cerchi di risolverla senza aver riguardo ad alcuna speciale legislazione.

Quanto a me così propongo il quesito: Può il giurista pratico, (perocchè non si possa in alcuna maniera censurare ciò che il teorico fa a suo beneplacito), interpretar logicamente le leggi in generale, qualora gli elementi per ricercare il loro significato non si possano dedurre dal diritto medesimo? Che se si prendan le mosse da' seguenti principii, i quali non abbisognano d'alcuna dimostrazione, che debbasi cioè riconoscere quale legge positiva soltanto quella ch'è pubblicata, e che per la L. 12, *de LL.* l'interpretazione logica allora solamente possa aver luogo, quando lo spirito della legge sia giuridicamente manifesto, non è al certo possibile il rispondere altrimenti che con una assoluta negativa.

Voglio io qui innanzi tutto occuparmi della storia.

(1) Eckhardt. *herm. jur.* § 33 a 35. Hofucker *princ. jur.* par. 153. C. G. Einett *de legum rat. earumque invest. regul.* Lipsia 1771.

Digitized by Google

Promulgansi le leggi non per gli storici e per gli eruditi soltanto, ma pe'cittadini tutti, però se si ritenga che anche una notizia storica servir possa a determinare il contenuto d' una legge, si giungerà senza dubbio a scrollare nelle menti la certezza del Diritto, e la conoscenza universale di esso sarà resa impossibile. Lo scovrire alcuna notizia storica è sempre qualche cosa d'accidentale, così come anche per mero caso viene ad esser conosciuta dagli altri una scoverta fatta da un qualche scrittore. Certo nè ciascuno del popolo, nè i dotti nel diritto possono, o debbono studiare tutte le fonti storiche, e tutti gli scritti alla storia, o al diritto medesimo relativi, soltanto perchè non sarebbe impossibile il cavarne alcun lume quanto allo spirito di questa legge o di quella. A tutti è possibile conoscer le leggi, invece le notizie storiche sono sempre sparpagliate, ed anzi trovansi in parecchi non commendevoli lavori scientifici taluni chiarimenti ed osservazioni, che nelle opere più degne d'elogio si cercherebbero invano. Se adunque la storia, quando anche non lo vietasse una legge speciale, venisse elevata a fonte del giure, sarebbe veramente la medesima cosa che l'assegnare a ciascun cittadino un particolare diritto; oltre alla neces-

Digitized by Google

sità di determinare quale di questi diritti diversi dovesse *in conflictu* essere agli altri preferito. Ma quand'anche così non fosse, quale certezza può attingersi dalla storia per quel che riguarda lo spirito, e le ragioni delle leggi? Che se vogliamo pur limitarci al solo Diritto Romano, quanto non è piccolo il numero degli scrittori degni di fede, ed eruditi abbastanza? Quante fra le opere più importanti sono o mutilate, o contraffatte? E potesse anche il giurista tener presenti tutti i documenti storici, come non sarebbe pericoloso l'impiego e l'uso di essi? Perocchè alcuna testimonianza della storia non può condurre ad una certezza matematica, e gli scrittori possono o ingannarsi, o, come ad esempio Procopio, molti fatti di proposito rappresentare sotto non vero aspetto. In che modo è dunque possibile in tale condizione di cose raggiungere la certezza? Quindi è, che anche la sola possibilità d'errori, e, d'inganni non preveduti, deve far escludere la storia, quella almeno che per le leggi stesse non si manifesti, dal novero delle sorgenti del diritto, in quanto il legislatore non faccia dello studio di essa un dovere al giurista, o il contenuto della legge medesima non lo costringa a consul-

Digitized by Google

tarla per comprendere ed esplicare il precetto legislativo.

Da ciò che è stato esposto dinanzi si fa chiaro quello che da Giuliano, e da Nerazio volle dirsi nelle Leggi 20 e 21, *de LL.* cioè: *non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest: et ideo rationes earum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subverterentur.* Questo frammento spesso è stato detto l'usbergo dell'ignoranza; ma io non credo ch'esso meriti tal nome per essersene i pratici giovato soltanto ad impedire che alle leggi venissero sostituiti taluni principii tratti dalla storia. Che certo se potesse pure a qualche singolo individuo tornar conto d'essere giudicato a norma di questi ultimi, la società tutta quanta anderebbe irremisibilmente perduta, qualora questo sistema e questo procedere si proclamassero validi per tutti.

Desidero peraltro che nessuno s'inganni su ciò che fu detto dinanzi; chè non vorrò io giammai far ritorno alla barbarie, prendendo le difese de'pratici nemici d'ogni progresso; nè alcuno è più profondamente di me convinto dell'utilità, e necessità della storia. Che se anche questa non fosse per la pratica di alcun profitto immediato, pure,

Digitized by Google

ciò malgrado, instantemente raccomanderei al pratico lo studio di essa, perocchè privasi necessariamente di aiuti efficacissimi, colui che si tien come legato alla lettera della legge, senza curare più altro.

Ma ciò ch'io contesto alla storia, non va già inteso di essa in generale, chè la medesima anche al pratico, adoperata questa parola nel senso meno elevato, sarà indispensabile costantemente per molti rapporti, sino a tanto che il Diritto di Roma verrà da noi osservato. La storia interna di esso, quale dal *Corpus juris* può cavarsi, ed in quanto possano i pratici giovarsene, è importantissimo mezzo per ben giudicare del senso, e dell'applicabilità di una legge; nè credo vi sia chi senza l'aiuto di essa possa fare anche mediocri progressi nella conoscenza di quel diritto. E veramente quanto non è importante per lo studio, a mo' d'esempio, della prescrizione, e della collazione, il distinguere il diritto delle Pandette da quello del Codice; e che gran numero d'errori sarebbesi evitato, se meglio alla storia dell' uno e dell' altro istituto si fosse posto mente! .

V' ha ancora altri svariati casi, ne' quali lo studio della storia pe'pratici è necessario, imperocchè l' arte dell' interpretazione

Digitized by Google

grammaticale è fondata interamente, ed unicamente sulla storia. Difatti come senza di essa, potremmo noi conoscere il significato delle voci, lo spirito del linguaggio, gli oggetti a'quali le leggi si riferiscono?

Colui che ci ha tramandato raccolto in un Codice il Diritto Romano, senza dubbio ha potuto ciò compiere mercè le storiche indagini, chè certamente esatte notizie e svariate erano a lui necessarie per riuscir nell'intento. Nè deve il pratico accontentarsi al pensiero, che la storia medesima riguardi quelle così dette eleganze da lasciare a' teorici, perocchè il metterla da banda mena all'assurdo; e parecchie volte la conoscenza dello spirito del linguaggio, e dell'oggetto delle leggi ha avuta la più grande influenza sulla decisione di controversie assai gravi (1).

Sotto tale punto di vista esaminata la cosa, svanisce il rimprovero che pur mi si è fatto d'aver io qui ammesso la necessità degli studii storici, e d'averla altrove quasi disconosciuta. Quest' ultima asserzione è vera,

(1) Ne offre notevole esempio la disputa intorno alla necessità o meno d'un esame da parte del giudice per l'insinuazione d'una donazione. Che se si fosse accuratamente cercato conoscere di quali persone sia parola nella L. 25. C. *de don.* tale disputa al certo non sarebbe pur nata. Vedi Puffendorfio. T. 4. oss. 121.

Digitized by Google

epperò doveva tale contraddizione far disparire.

L'intero concetto è compreso nel semplice principio che il suddito sia vincolato solamente da ciò che fu reso pubblico, e che allora soltanto sarebbe egli obbligato a conoscere per mezzo della storia lo spirito delle leggi, quando le leggi medesime gli avessero ciò prescritto. Ma questo non avviene, e sarebbe cosa ingiusta, ed impolitica. Fu lo studio della storia reso obbligatorio soltanto pel fine che l'interpretazione grammaticale si propone, e ciò per ragione di assoluta necessità, essendo indispensabile che il legislatore si serva del linguaggio, nè d'altronde che dalla storia potendo aversi la conoscenza di questo.

Che se per la pratica le ricerche storiche poco giovano alla conoscenza delle ragioni di una legge, e della speciale mira del legislatore, anche meno servono a ciò le così dette congetture.

Non può immaginarsi difatti ciò che avverrebbe se fosse lecito il supporre arbitrariamente nel legislatore talune intenzioni, ed a quali risultamenti i nostri legislatori sarebbero giunti, se per avventura avessero prescritto doversi davvero tradurre in atto tutto che fu sognato intorno le ragioni

delle leggi! Un sapiente Principe non deve mai riconoscere ne' giudici tanto arbitrio; che anzi appo noi ha vigore l'espresso precetto legislativo, di potere il giudice allora soltanto dall'espressione letterale discostarsi, quando sia il senso della legge apertissimo, e come intuitivo (1).

Del rimanente egli è da non credere quante volte furono a tal riguardo violate le leggi da lungo tempo, e principalmente dal periodo degli *assiomatici*, i quali nella più gran parte si studiarono di basare i loro ragionamenti su principî immaginarî, nuocendo così allo spirito vero delle leggi assai più, che non potrà in avvenire essergli utile una sana filosofia. V'ha talune opere riboccanti d'ogni parte di congetture immaginate ad arbitrio intorno alle ragioni delle leggi; e l'amore per le ipotesi, e per le supposizioni fu spinto da taluni così lontano, che più non curarono di esaminare quelle ragioni, che dalle leggi medesime risultavano, abbandonando per esse le ipotesi sognate. Così taluni ripongono la ragione per la quale le donazio-

(1) L. 12, *de LL. non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.*

ni superanti i cinquecento solidi dovevano essere insinuate, nell'aver voluto il legislatore in tal modo alla prodigalità porre un argine; sulla quale immaginaria base furono foggiate, molte prescrizioni legislative da veruna legge riconosciute; e questo, malgrado sia pur certissimo, che gl'imperatori furono mossi da ben altro principio, il quale mena a conseguenze essenzialmente diverse (1). Così v'ha di coloro i quali son di parere che i precetti della legge 9, § 2, *de contr. emt.* relativi al vino inacidito, non sieno oggi più da applicare, perchè noi, a differenza de' Romani, non abbiamo per consuetudine di bere aceto (2). Ma il vero giurista rinviene altrove la ragione della differenza, e l'argomento proprio di lui (*quia in corpus consensum est, etsi in materia erratur*) non è in alcuna guisa in opposizione co' nostri costumi.

Non v'ha peraltro alcuna regola semplice per apprendere il metodo col quale possano rintracciarsi nelle leggi medesime le ragioni di esse ed il pensiero del legislatore. Spesso vien fatto manifesta dalla legge

(1) L. 27, C. *de donat.* (*siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri*).

(2) Glück *Comment.* Lib. 4, p. 297. nota 96.

medesima che vuolsi interpetrare la ragione sua propria, al che mirabilmente influisce il concordare, ed il confrontare le diverse parti di essa: di fatti qual legislatore può aver posseduto il linguaggio così da esprimere con una sola proposizione, e tutto in una volta, l'intero suo pensiero? *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* (1).

Dall'essere a conoscenza del popolo tutto ciò che nelle leggi si contiene, consegue naturalmente che possa una disposizione legislativa ricever luce da altri precetti racchiusi in leggi diverse. Un esempio notevole a tal proposito viene offerto dalla legge 16, C. *de usufr.* messa a raffronto della L. 13, C. *de servitutibus.* Nella prima di esse Giustiniano prescrive, che l'usufrutto dovesse perdersi soltanto per la morte dell'usufruttuario, o per la rovina della cosa, e non per il semplice non uso, *nisi talis exceptio ei opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere.* In ciò molti credettero rinvenir la regola che l'usufrutto si perdesse soltanto qualora il proprietario

(1) L. 24, *de LL.*

Digitized by Google

giustificasse l'esistenza d'una *usucapio libertatis* in suo prò. La quale legge se isolatamente si considera, forse potrebbe accogliersi tale opinione; ma se invece la si esamina insieme all'altra innanzi citata, nella quale Giustiniano volle applicato alle servitù tutto quello che intorno all' usufrutto aveva disposto, ed allora basterà un po' di buon senso, a persuadersi aver egli nella L. 16 già citata, solamente protratto il periodo di tempo, e che per nulla intese promulgare senza limite la regola, che l'usufrutto mai dovesse perdersi per il non uso (1).

Come lo studio di una legge può esser utile a spiegarne un'altra, così, e per le ragioni medesime vanno studiati il metodo (*die manier*) del legislatore, e lo spirito informatore del diritto, quali sorgenti anch'essi di preziosi chiarimenti. Certo nessun uomo ragionevole oserà biasimare le Costituzioni di Giustiniano se pure gli sembri rinvenire in esse un qualche controsenso o taluna decisione falsamente equa, ma non cagione di gravi danni. Appunto a spiega degli ordinamenti di lui fu osservato, che quell' Imperatore raramente soleva apportare alcun

(1) Altro esempio ne dà la L. 11. Cod. *de natural. lib.* esaminata insieme alla Nov. 74.

cangiamento senza far precedere molto apparecchio ed una certa discreta lode di se medesimo, siccome si fa chiaro dallo studio delle due seguenti importantissime quistioni: se cioè la disponibile sia una quarta parte di tutti i beni, ovvero della porzione *ab intestato* (1): e se abbia il medesimo Giustiniano ammesso un *jus accrescendi* anche *verbis conjunctis* (2) ec. Ed invero non può il legislatore volere che si attenda da lui più di quello che l'abituale suo procedere consente aspettarsene.

§ 10

Inapplicabilità dell'interpretazione logica alle leggi divine.

L'interpretazione logica, che si allontana dalle parole, suppone una legislazione incompleta, la quale, o non applichi conseguentemente i suoi principi, o non esprima con esatto linguaggio i suoi concetti. Essa però non può essere adoperata colà dove non è, nè può essere orma dell'umana imperfezione, cioè per quelle leggi tutte alle

(1) Vedi Glück *de constituenda port. legit. parent. quant.* § 9 a 12.

(2) Heisler *de jure acresc. semper jure non decresc.* § 28.

Digitized by Google

quali si riconosca un'origine divina. Che se molti pensano altrimenti (1), e sopratutto intorno a taluni punti, per esempio quanto alla mosaica proibizione delle nozze, ciò può appena spiegarsi per l'indifferentismo religioso dominante, il quale rende men chiara la verità da noi annunziata. Epperò colui che intimamente convinto, crede riconoscere una parola divina, deve, come i sani teologi, inorridito rivolgere il pensiero da qualsivoglia alterazione di essa la mercè del logico interpetrare, chè il fare altrimenti in sostanza varrebbe quanto dire: Iddio non ha saputo qui rettamente argomentare, e favellare.

§ 11

Suo fondamento sulle leggi.

Può l'interpetrazione logica fondarsi soltanto sul ragionamento e sulla legge scritta, e qualora sorga alcuna collisione, debbono le regole positive d'interpretazione a quelle naturali preferirsi, essendo oramai un principio generalmente riconosciuto, che i precetti efficaci del Diritto civile la vincano, per

(1) Per esempio I. L. Colderieder *de principiis interpretat. legum.* Lipsia 1736. Sect. 3, § 2.

Digitized by Google

questa loro medesima efficacia, su quelli che dalla natura delle cose derivano (1). Ma le regole meramente positive è d'uopo che vengano come tali davvero proposte, e che non sieno in alcuna maniera astratte, così come i romani giureconsulti ebbero per consuetudine di fare soventi (2). Giustiniano trattò delle varie specie di esse nelle Pandette, a ragione del materiale ordinamento da lui adottato, ma non certo per presentare un modello di giuridica interpretazione. E quante volte una massima, che per se medesima non era da rifiutare, venne da giuristi ad arbitrio, ovvero in una maniera interamente falsa dedotta (3)? E quanto poco può in generale lo spirito de'giureconsulti romani servir di guida a'giudici dei giorni nostri, i quali non sono che meri interpetri delle leggi? Era bene altrimenti in Roma dove i giureconsulti come consiglieri di alcun legislatore (del Proconsole, del Pretore, dell'Imperatore), o come componenti d'un qualche collegio di governo (*in consistorio Prin-*

(1) Miei saggi Libro I, pagina 325 a 330. Interamente arbitraria è la opinione opposta di C. Thomasio *de interpr. beneficio. princ.*

(2) V. Rapolla, *de jureconsulto*, traduzione di Griesing. Lib. 2. pag. 75 ed 88.

(3) Riscontra all'uopo la L. 6, § 2. *si servit. vindic.*

Digitized by Google

cipis) avevano assai frequenti occasioni di presentare e difendere talune proposte, il che dagli odierni giudicanti neppur potrebbesi pensare senza taccia di grandissima temerità.

CAPITOLO II.

DI CIASCUNA SPECIE DELL'INTERPRETAZIONE LOGICA.

PRIMA SUDDIVISIONE.

Dell'interpretazione logica a seconda del fine del legislatore.

§ 12.

Sua ammissibilità, e suo contenuto.

L'interpretazione logica a seconda del fine del legislatore fondasi sul principio incontrastabile, che quanto questi pensò, e volle dire, debb'essere considerato siccome l'espressa volontà di lui, e vuolsi anteporre al senso letterale, cui servir deve quasi di comento (1). Non è dunque necessario il distinguere a quali leggi questa maniera d'in-

(1) L. 29, e 30 *de* LL.

Digitized by Google

terpretazione sia da applicare (§ 7), ed è qui da accettare senza restrizioni il principio, che ogni legge s'abbia ad intendere secondo il fine del legislatore. Però tutte quelle restrizioni, le quali verranno in seguito indicate, quanto all'interpretazione di una legge a norma della ragione di essa, (p. e. che non possa un precetto legislativo estendersi relativamente a talune leggi per somiglianza di ragioni, e che altri non possano interpretarsi ristrettivamente solo per difetto di opportuni motivi), qui vengono meno, e non sono tali distinzioni necessarie, imperocchè esse non menerebbero a risultamenti diversi. Non v'ha dunque da esaminare che il solo importante quesito: come e d'onde può il fine del legislatore riconoscersi?

§ 13.

MEZZI COME CONOSCERE QUEL FINE.

Particolari spiegazioni.

L'intenzione del legislatore è d'uopo sia riconosciuta mercè le leggi medesime (§ 9). Intorno a ciò non v'ha dubbio, e può questa ricerca farsi in più modi. Così avviene assai spesso che si possa dalle particolari

ragioni d'una legge dedurre, quale sia stato veramente lo scopo speciale del legislatore. Il che può avvenire quando il significato vero d'una legge vien reso manifesto da una retta comparazione che si faccia d'una parte sola di essa con altro precetto legislativo (1); (così, esaminando insieme la L. ult. C. de LL. da cui risulta che Giustiniano non volle già vietare ogni sana interpretazione, e la fine della L. 3, *de confirm. tutoribus*, si ha che con questa i tutori da confirmare sono eguagliati per legge a' testamentarii non in generale, ma soltanto per quel che si attiene alla *Satisdatio*). Avviene il medesimo quando il legislatore siasi manifestamente spiegato in una legge posteriore intorno al senso da darsi ad altra già esistente, intendendosi così il significato dell'una per mezzo dei chiarimenti risultanti dall'altra (2). E questo modo d'interpretare suol dirsi interpretazione per *Parallelismo*.

(1) L. 24, de LL.

(2) Offrono esempi di ciò le L. C. *de natural. lib.* L. 16, § 1. C. *de usufruct.* Nov. 12, C. 1, confrontate la prima con la Nov. 74 *praef.* la seconda con la L. 13, C. *de servitut.* e l'ultima con la nov. 89, c. 15.

Vedi il mio sistema del Diritto delle Pandette § 231, nota e § 682, nota f.

Digitized by Google

§ 14.

Principii relativi ad ogni specie di leggi.

Ma la particolare mira del legislatore può anche ne' casi dubbii ricavarsi da' principii generali, quando cioè sia prescritto di supporre nel dubbio, per una specie di finzione alcuna cosa, e tale che quasi debb' intendersi da se medesima. Precetti di tal natura s'incontrano soventi nel Diritto Romano, e per ogni genere di leggi, sieno esse dubbie oppur no. A tal proposito si riferiscono le osservazioni che seguono:

A) Tutto ciò che le parole d'una legge non comprendono, è mestieri che s' includa in essa da colui, che per avventura intraprenda una qualche azione non vietata espressamente, per poter così con astuzia riuscire in un suo disegno malgrado un legale divieto (1).

B) Quelle disposizioni, le quali una qualche persona intendono favorire, fa d' uopo, se pure l'espressa volontà di chi governa

(1) L. 29, 30 de LL. L. 7, § 3, ad SCt. Macedon. L. 5, § 4, L. 7, § 6, L. 32, § 24, L. 49, *de donat. int.* V.

Vedi anche Olearius de *malitiosa juris interpretat.* Lipsia 1720.

nol vieti, che sieno interpretate in guisa da evitare, che il favore, per l'uso troppo rigorosamente letterale delle parole, non abbia a mutarsi in pregiudizio (1).

C) Ciò che nuoce al diritto acquistato di qualcuno, va nel dubbio costantemente ritenuto siccome non previsto, considerandosi come se neppure siasene fatto parola (2).

D) A tutto ciò molti altri precetti aggiugne l'equità. Ma le moderne leggi dispongono soltanto che s'abbia nel dubbio a preferire il senso più mite, senza dipartirsi, per ragione della sola equità, da ciò che esse medesime prescrivono (3). E veramente v'ha di coloro i quali pensano potersi valere dell'argomento *ab absurdo* per ogni maniera di leggi, il che vuol dire non curare in generale la parola legislativa, se questa debba produrre un'ingiustizia (4). I Romani giuristi si permisero anch'essi in più casi siffatta

(1) L. 25 de LL. L. 8, § 6, *di transact.* L. 4, § 5, *de carbon edict.* L. 19 in f. C. *de fide instr.*

(2) L. 2 § 16 *ne quid in loco publ.* L. 7 C. *de precib. imperat. offer.* L. 4. C. *de emancip.*

(3) L. 42, *de poen.* L. 56, L. 90, L. 155 § 2, *de* R. I. messe a raffronto con la L. 12 § 1, *qui et a quibus manumiss.* L. 1 C. *de* LL. Anth. *Jubemus* C. *de judic.*

Vedi il mio sistema delle Pandette, 2ª Ediz. § 44 nota g. e § 51 nota h.

(4) Vedi la prima edizione di questo scritto § 17.

guisa d'argomentare (1), ma non potremmo noi imitare il loro esempio per la generale proibizione legislativa, che ciò ne vieta (2).

E) Infine può bene ricordarsi qui l'altro precetto, che nel dubbio vuolsi una legge intendere, siccome efficace solo per l'avvenire, quantunque la parola di essa non escluda i fatti passati (3).

§ 15.

Delle leggi ambigue in particolare.

Oltre agli anzidetti precetti comuni ad ogni specie di leggi, v'ha ancora una serie di regole proprie per interpretar quelle che sieno dubbie ed ambigue, fra le quali sono principali e più importanti le regole seguenti:

A) Di parecchi significati va preferito nel dubbio costantemente quello, per effetto del quale il precetto di una legge seguiti ad aver vigore, e sia esente da errori (4), però

(1) L. 4 § 1 L. 11, *de in jus vocando* L. 40, *de hered. pet.* L. 13 § 2, *de excus.*

(2) L. 12. § 1. C. de LL. Voet. Comm. L. I. Parte 3. § 23.

(3) Il mio sistema delle Pandette. 2ª Edizione § 25.

(4) L. 19 de LL. Forster *de interpr.* Lib. 2 Cap. 2 Regola 28.

Digitized by Google

anche quello, che meglio eviti espressioni ambigue, e contraddizioni (1). Per la ragione medesima, è nella materia in esame ammissibile anche l'argomento *ab absurdo;* nè quella opinione vuolsi accogliere ne'casi dubbii, la quale condurrebbe a conseguenze non ragionevoli (2); inoltre s'intende di leggieri doversi a preferenza accettare quell'interpretazione, alla quale la natura dell'oggetto della legge maggiormente risponda (3).

B) Quanto già fermamente esiste, può essere solo distrutto se ciò che gli si oppone abbia una esistenza certa ancora esso. Egli è per questo, che nel dubbio la vince il possessore, e che qualsivoglia ambigua convenzione va interpretata contro colui che miri a conseguire in detrimento d'altri alcun vantaggio, o tenti scemare l'altrui patrimonio. Dal quale principio, per appunto, spontanea consegue la regola di non doversi nel dubbio applicar quelle leggi, le quali emendino il Diritto che preesisteva (*jura cor-*

(1) Forster opera citata, regole 25 e 26. Un esempio di ciò si rinviene nel mio sistema delle Pandette, 2.ª ediz. § 513, in quella parte del testo, cui è relativa la nota m.

(2) L. 19 *ad exhib,* Forster, opera citata Reg. 23 e 77.

(3) L. 67 *de* R. I. Forster opera citata, regole 25, 29 e 30.

rectoria), e che le medesime, se ambigue, si abbiano ad interpretar strettamente, in maniera cioè che da quel diritto meno s'allontanino (1). Però dall'essere *i jura singularia* ed *i privilegia* di loro propria natura sempre *correctoria*, deriva, che sia per essi da adoperare similmente la interpretazione restrittiva in quel significato che dinanzi è stato detto, così come parecchie leggi prescrivono (2), e come da molti de' più moderni scrittori rettamente si pensa, quantunque non per le ragioni più vere (3).

Nulladimeno molti de'nostri giuristi non riconoscono tali principii, quantunque neppur sieno fra loro di accordo, e per tale disaccordo soventi ogni cosa confondano, e sfigurino. Essi difatti non distinguono l'interpretazione d'una legge ambigua, la quale ne' casi dubbi deve essere intesa nel senso più ristretto (*interpretatio stricta*), così che, escluso il significato più largo, non si contraddica in alcun modo la espressione letterale, dall'interpretazione logica *restrictiva*,

(1) Forster *de interpr.* Reg. 2.
C. A. Ritter *regulae interpr. jurid.* Lipsia 1741 § 13 e 16.
(2) L. 191 *de* R. I. L. 35 Cod. *de in offic. testam.*
(3) C. Tomasio, *de interpret. beneficior. principis.* J. H. Boemero *de finibus privilegiorum regundis.* Exerc. T. 1 Cap. 2 § 9.

Digitized by Google

o *extensiva*, le quali dalla lettera entrambe s'allontanano.

Taluni di questa scuola pensano cioè che debba ogni privilegio intendersi nel più largo significato della parola (1), e ciò per le L. 3. D. *de constit. princip.* L. 2. C. *de praepositis agent.* L. 2. C. *de bon. vacantibus.* Invece altri, per ragione appunto di queste medesime leggi, sono di parere di doversi intendere in un senso lato almeno quei privilegi, i quali non recano danno ad altrui (2). Finalmente v' ha di coloro che s'adoperano a propugnare un gran numero di arbitrarie distinzioni (3), le quali, perchè non fondate sopra alcun principio, è impossibile per mezzo de' principii confutare.

A completa disamina delle prime due teorie va osservato, che senza dubbio non debbonsi i privilegi interpretare estensivamente mediante la logica (4), e neppure nel significato più largo della parola, quando per avventura offendano così un diritto da un terzo acquisito (5). Rimane adunque ad esa-

(1) Glossa *ad* L. 9, C. *quae res pignori.*

(2) V. Stryck, *de privilegiorum interpretatione.* Francoforte 1683.

(3) Forster opera citata, reg. 38.

(4) Vedi il § 19.

(5) Vedi il paragrafo precedente.

Digitized by Google

minare soltanto se quei privilegi, i quali non arrechino in alcuna maniera pregiudizio a diritti acquisiti, debbano intendersi strettamente, ovvero estensivamente, allorchè il doppio senso dell'espressione l'uno, o l'altro modo d'interpretare consenta. Per le ragioni innanzi esposte conviensi anche preferire in tale ipotesi la interpretazione restrittiva; nè a ciò s'oppongono i tre frammenti or ora citati, e su'quali si fondano coloro che pensano altrimenti.

E davvero, l'espressione *quam plenissime*, che leggesi nel primo di essi può voler dire, o che nel caso d'un doppio significato, s'abbia a presceglier quello più largo che all'espressione adoperata soglia darsi; ovvero che un privilegio certo, generale ed illimitato, sia da intendere nella sua pienezza in guisa del tutto conforme alla lettera della legge, senza restrizioni grammaticali ed arbitrarie. Di queste due spiegazioni da dare a quel frammento sarebbe la prima contraria alle regole d'analogia, ed alle leggi finora cennate, l'altra invece è consona interamente alla natura delle cose, epperò di gran lunga da preferire. La citata L. 3, adunque prescrive soltanto doversi i privilegi anche intendere in conformità delle parole con le quali vengono espressi, epperò

quelli generali nella generalità loro tutta quanta.

Di questa regola i due menzionati frammenti tratti dal Codice, offrono esempii assai degni di considerazione; di fatti nella L. 2. C. *de bon. vac.* è esaminato il caso che l'imperatore doni un fondo rustico, con la formola, *in integro statu donatum;* la quale espressione essendo generale, e larghissima, egli è evidente che il dono comprenda ancora e schiavi, e frutti ed animali etc. Similmente la L. 2. C. *de praepositis agentium* prescrive solo che un più antico privilegio non sia annullato da altro novello, ma che invece insieme si conciliino per la semplice ragione e naturale, che non è lecito intravedere nella parola della legge la volontà d'abolire quello che già esiste, quando alcuna contraddizione non sia per derivarne.

Ma se pure tutti i principii d'interpretazione finora esposti volessero tenersi in nessun conto, rimarrà sempre vera la regola, che nel dubbio sia d'uopo accettare il significato delle parole meno rigoroso, e più equo (1). La quale massima si disconosce allorchè, come molti fanno, la si applica an-

(1) L. 56, L. 90. L. 155 § 2, *de* R. I. L. 42 *de poenis* L. 3, *de his quae in testam. delentur.*

cora alle leggi contraddittorie; difatti tutte le leggi che furono innanzi citate, proclamano quel principio per il solo caso d'ambiguità (*amphibolea*, *ambiguitas*), fra la quale, e la contraddizione (*contrarietas*, *contraddictio*), sono importantissime differenze. Una proposizione ambigua debbe, secondo la volontà di chi parla, esprimere un solo concetto, quantunque questo possa per gli altri esser dubbio (1), ed in tal caso va accolto il significato meno rigoroso: che se invece trattisi d'una qualche contraddizione, ed allora due regole contradditorie furono dal legislatore proclamate, il quale volle che l'una, e l'altra si osservassero, perocchè erroneamente ne ritenne possibile l'accordo. Questa ultima condizione di cose costituisce davvero un vizio tale che, per la L. 12. C. de LL. non può esser corretto dall'interpretazione dottrinale, ma dall'autentica solamente.

Malgrado che tutto ciò sia chiarissimo, pure l'arbitrio ha in siffatta maniera travisato le cose, da aprirsi una strada anche fra le contraddizioni più manifeste. Maestro in tale metodo è a ritenere il Leyser, il quale,

(1) L. 3, *de reb. dubiis: in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus.*

Digitized by Google

senza pure esitare, di qualsivoglia contraddizione non curasi, appigliandosi ad una male intesa equità, e ritenendo che le leggi contraddittorie fra loro si distruggano, e lascino così libero il campo al Diritto Naturale (1)! Come se il rapporto che è fra il giudice, e le leggi positive fosse un vero *status belli,* e che la massima: *tu trionferai se i tuoi nemici fra loro si distruggono*, dovesse anche ritenersi quale regola di giuridica ermeneutica!

SECONDA SUDDIVISIONE.

Dell'interpetrazione logica a seconda della ragione della legge.

§ 16.

Principii che la governano, e specialmente della *ratio legis,* e della *ratio decidendi.*

Assai più difficile di quella maniera d'interpretare logicamente della quale innanzi è stata parola, è l'altra dell'interpetrazione a seconda della ragione della legge. Moltissime, in trattar di quest'ultima sono le di-

(1) Med. *ad* P. Sp. 40, e 150.

Digitized by Google

vergenze che sorgono fra la teoria e la pratica, sopratutto per non essersi opportunamente distinto il concetto della ragione d'una legge, da quello de'motivi d'una decisione legislativa. Però gli svolgimenti che seguiranno intorno a siffatta diversità hanno da considerarsi come fondamenta dell'intera trattazione.

Colui che non limitasi solamente ad emanar leggi, ma esercita ancora il potere di giudicare, e di proporre a modello delle altre le sue risoluzioni giudiziarie, può, debbe anzi, sotto due aspetti considerarsi, come legislatore cioè, allorchè crea le leggi, e come giudice, allorchè decide applicandole. Egli è legislatore, se pubblica come legge ciò che per l'innanzi nè dagli altri, nè da lui medesimo era considerato aver forza obbligatoria: è invece giudice allorquando nel decidere d'un caso speciale applica alcuna regola di diritto, che già come legge preesisteva. Nella prima ipotesi la ragione del suo precetto dicesi: ragion della legge (*ratio legis*), nell' altra la ragione della sentenza è detta: ragione del decidere (*ratio decidendi*).

Quegli argomenti, che dalla così detta ragione d'una legge deduconsi, costituiscono l' interpretazione logica in esame, la quale

quanto alla sua ammissibilità, è mestieri sia in varie guise limitata, perocchè per essa si eleva a dignità di legge ciò che non è tale, compiendosi così un vero atto del potere legislativo, al giudice soltanto permesso, qualora il diritto positivo gliel'abbia espressamente consentito. Che se invece il Principe pubblichi un suo pronunziato, enunciando le ragioni legali che lo dettarono, ed allora bene è lecito al giudice di quelle ragioni medesime avvalersi ove occorra: chè argomentando da quella *ratio decidendi* non si crea già un novello precetto legislativo, ma si applica solo una legge che già esisteva. Pertanto se il giudice, conformemente al concetto del potere giudiziario, ha il dovere d'applicar le leggi a seconda del contenuto di esse, ne segue che quei limiti tutti da imporre all'argomentare dalla ragione d'una legge, più non vadano osservati se trattisi di dedurre pratiche conseguenze dalla ragione d'un legale pronunziato. Come si dimostrerà fra poco per l'interpretazione logica dedotta dalla ragione delle leggi valgono le regole di non doversi le correttive interpretare in contraddizione di quelle preesistenti, e non emendate; e di non doversi i *jura singularia* intendere estensivamente; come ancora

che non si possa una legge avere per non più applicabile, solo perchè la ragione di essa più non sussista. Le quali limitazioni tutte quasi neppur s'affacciano alla mente, allorchè si cerchi indagare come abbia a procedersi in applicare una *ratio decidendi:* e cosí avviene perchè fondamento di tali decísioni è la legge, e l'applicarla a casi diversi da quelli esaminati da colui che impera non è già estenderla interpretandola, ma soltanto è cavare da un precetto medesimo nuove sentenze. Avviene ciò di tutte le leggi, anche delle singolari e delle correttive, ed allora solamente non si verifica, quando il fondamento medesimo della decisione legislativa più non sussista.

L'importanza di tali osservazioni apparirà assai manifesta per le seguenti note controversie.

Il diritto canonico riguardo a due soli casi dichiara, che il giuramento renda valido ciò che per difetto delle civili formalità era nullo (1). Le quali due sole decisioni vennero, siccome regola estese ad ogni altro caso. Ed ei si sarebbe dovuto, secondo che Weber insegna (2), dichiarare interamente inam-

(1) Cap. 28 X. *de jurejur.* Cap. 2, *de pact.*
(2) Vedi il suo trattato dell'obbligazione naturale § 120.

missibile siffatta applicazione larga del diritto canonico, contraria a ciò che da quello di Roma era prescritto, qualora essa fosse stata l'effetto dell'interpetrazione logica estensiva d'una legge correttiva. Nulladimeno non s'ingannarono i pratici ne' risultamenti, avvegnachè spesse volte non bene adoperassero il vocabolo *estensione*. E davvero i Pontefici con quei frammenti, in cui i due casi anzidetti veggonsi risoluti, indicarono, quale fondamento della loro sentenza, quella legge, che allora vigeva secondo il concetto cattolico, e che gl'imperatori medesimi riconoscevano (1): essi cioè non fecero che applicare occasionalmente a due ipotesi un precetto già a tutti noto, salvo a'giudici il fare il medesimo sempre che l'indole della controversia lo consentisse. È di tutto ciò altro esempio in quei frammenti, ne'quali i Pontefici accordano a' figli il dedurre da' fedecommessi condizionati non solo la quota loro di riserva, ma altresì la *quarta trebellianica* (2).

Ad intender meglio quanto finora è stato detto delle leggi singolari, va posto mente alla L. 63 pr. pro *Socio*. Ulpiano accorda con

(1) Auht. Sacram. pub. C. *si advers. vend.*

(2) Cap. 16 e 18, X *de testam.* Mio sistema delle Pandette § 778, nota u.

essa al socio il *beneficium competentiae*, e ragiona così: *hoc enim summam rationem habet, quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* Da ciò spontanea sorge la domanda: hanno anche essi i fratelli cotesto *beneficium competentiae?* Molti l'affermano, e solo si mostrano assai impacciati dal dubbio intorno al come possa quel precetto relativo alla società applicarsi anche a' fratelli, una volta che il *beneficium competentiae* è un *jus singulare*, ed i *jura singularia* non possano estendersi (1). Ma a tal proposito è a considerare, che se si ritiene essere una cosa sola e la ragione d'una legge, e quella di una decisione legislativa, certamente quel *beneficium* debbe a' fratelli negarsi; ma se invece l'una si distingue dall'altra, ed in tal caso è giustificata appieno la pratica che loro il concede. Ulpiano invero non fu legislatore; e se riconosceva ne' fratelli il *beneficium competentiae*, era indotto a ciò fare da quel precetto legislativo vigente a' suoi tempi, che loro l'accordava, e sul fondamento del quale decideva nella citata legge 63, di doversi quel

(1) Riscontra E. Tenzel *de beneficio competentiae* § 18, E. F. Goclenio *de eodem arg.* § 11. C. H. Horn *de benfic. comp. civitatibus non compet.* § 9, Hopfner *Comment.* § 1138.

beneficium anche al socio concedere. Però colui che, a norma di questo ultimo frammento, non lo nega a' fratelli, non estende già alcuna legge, ma limitasi ad applicare un precetto, solo per incidente ricordato.

Quanto all'esame dei principii intorno alla interpetrazione restrittiva, è assai opportuno l'esempio, che è nel Cap. 6. X. *qui filii sint legitimi.* Malgrado sia in questa Decretale annunziata siccome regola generale, che venissero i figli legittimati col matrimonio susseguente, pure da Alessandro III negasi agli adulterini tale benefizio, certo perchè era allora massima di diritto, che non poteva l'adultero con l'adultera disposarsi (1); e l'impossibilità del matrimonio rendeva anche impossibile la legittimazione cennata. Ma venne in seguito sotto talune restrizioni, quel matrimonio permesso (2), e surse di qui la controversia tuttora disputata (3), quanto al doversi oppur, no gli adulterini riputare legittimati, la mercè del matrimonio fra i loro genitori. Suole

(1) Cap. 1. X. *de eo qui dux. in matrim. quam polluit per adult.*

(2) Cap. 3. 6. X. *eod.* cap. 1. X. *de convers. cap. infidel.*

(3) Conf. I. H. Boehmer *de legitimat. ex coitu damnato natorum.* §. 18, a 25.

Digitized by Google

questa disputa essere risoluta col dirsi che, sia pure mancato il fondamento del precetto legislativo enunciato nell' anzidetto C. 6 X, non però si potrebbe la legittimazione ritenere, dal perchè non può una legge *ob cessantem rationem* essere limitata. Nulladimeno è molto agevole il giustificare la contraria opinione, se, com'è veramente, si ritenga la sentenza del medesimo C. 6 X quale mera applicazione del principio dell'antico diritto, che vietava fra gli adulteri il matrimonio. La quale sentenza debba cessare d'aver vigore per l'ammissione della nuova massima contraria; difatti tutto ciò che si deduce da una mera decisione, svanir deve non appena è sconosciuto il principio d'onde quelle conseguenze traevansi; nè il legislatore, abolendo una massima di diritto, può ragionevolmente avere un fine diverso dell' annientare mediante il nuovo principio l'antico, insieme a tutte le conseguenze di esso.

Ancora può nella maniera medesima, e senza tema d'errore, affermarsi (1), che l'enfiteusi ecclesiastica s'abbia, nel dubbio, a ritenere siccome trasmissibile a tutti gli eredi.

(1) Buri Diritto feudale. P. 2. pag. 178. Hofacker *princ. jur.* T. II. § 1041, not. 6.

La prescrizione contraria della Nov. 7. c. 3 è soltanto la conseguenza del principio in essa annunciato, di non potersi da una Chiesa volere che le enfiteusi sue divenissero ereditarie in perpetuo; il qual principio essendo stato poi disconosciuto dall' altra Nov. 120 c. 6. ne segue che debbano quelle conseguenze tutte svanire, le quali dalla prima di tali disposizioni legislative si deducevano.

Quantunque fino ad oggi non abbia alcuno lucidamente e scorta, ed esposta la differenza che è fra la *ratio legis*, e la *ratio decidendi*, pure parecchi hanno intorno ad essa alcuna cosa pensato confusamente. Così a mo' d'esempio, Forster, (1) dopo aver detto, che, secondo l'opinione generale, possano interpretarsi estensivamente le leggi singolari, e le *correctoriae*, soggiunge; *ampliant istam regulam ut tum maxime procedat, si ratio in lege sit expressa, tum enim non est extensio sed potius comprehensio. Habetur enim ratio in lege expressa pro lege generali.....* Chi è che non scorge così annunciato il concetto, che nel dritto Romano le ragioni su cui le decisioni de' giureconsulti, e degl' imperatori fondavansi, come

(1) *De juris interpret.* Lib. 2, c. 2, §. 5, n. 1, e 2.

anche quelle delle Decretali Pontificie, fossero vere leggi, che venivano, come per incidente, invocate a giustificare un qualche pronunziato? Ma e di quali errori non è anche cagione un tal principio ove lo si applichi alle leggi edittali, che una vera *ratio legis* hanno per fondamento? Senza dubbio appunto da questo voler poco attendere alla indicata distinzione, ha principalmente avuto sua origine la falsa regola: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa.*

Inoltre vuolsi dalla ragione della legge, ossia dalle idee che mossero il legislatore a pubblicare un qualche precetto, distinguere anche la occasione della legge medesima (*occasio legis*), cioè quel *factum*, il quale fece sorgere nell'animo del legislatore il pensiero di quel precetto, e che può alcuna volta conferire a bene intendere lo scopo da lui propostosi (1). Peraltro l'accordo fra l'occasione d'una legge, e la ragione, ed il precetto di essa, è meramente casuale, ben potendo avvenire che un fatto di nessun momento faccia sorgere concetti di grave importanza, e che così e la ragione, ed il precetto

(1) Riscontra le L. I. 7. C. *de tempor. in int. rest.* L. un. C. *de sentent. quae pro eo quod interest.* C. A. Hepke *de occasione, et ratione legis.*

d'alcuna legge sorpassino di gran lunga l'occasione di essa (1).

§ 17.

Dell' Interpetrazione estensiva.

La più gran parte de'giuristi, per quel che riguarda l'interpretazione logica estensiva, s'accontenta dell'adagio: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis*, e parecchi fra essi mostrano di neppur sospettare, che altri, e qualcuno assai insigne, ritengano essere siffatta specie d'interpetrazione anche in altri casi ammissibile.

V' ha infatti di quelli, i quali pensano che non per ragioni identiche soltanto, ma ancora per ragioni simili, possa una legge estensivamente applicarsi, non curando così le tante differenze che sono fra l'un caso, e l'altro. De'propugnatori di tale opinione è a citare a preferenza il Frantzke (2), la dottrina del quale è stata quasi alla parola poco tempo addietro seguita dall'Hofacher (3).

(1) L. I. § 5, *de postulando*. Weber *natürl. Verb.* § 63. Bach. *de lege Anastasiana* (opusc. n. 7), § 3.

(2) Comm. L. 1. j. 3. n. 40, a 68.

(3) *Prin. Tur.* T. I. § 156.

Digitized by Google

Egli dice esservi una duplice specie d'interpetrazione, quella cioè *propter identitatem,* e quella *propter paritatem sive similitudinem;* e la prima dicesi *comprehensiva,* perocchè per essa non una vera *extensio,* ma invece una *comprehensio rationis* si verifichi: essa nulladimeno è estensiva in quanto viene ad una legge subordinata un fatto da essa trasandata. Il che ha luogo per tutte le leggi, anche penali, e *correctoriae,* quelle soltanto eccettuate, che diconsi *exorbitantes.* — Quanto alla natura della seconda specie d'interpretazione, egli s'esprime così: *sequitur nunc quae fit per similitudinem rationis, ubi in casu expresso, et omisso non eadem, sed saltem similis, specie tamen ab altera, quae legislatorem movit, differens ratio est, et describi potest, quod sit progressio de termino expresso in lege ad alium non expressum, propter adaequationem, seu paritatem,* vel *similitudinem rationis.* Confesso, egli prosegue, che una legge obblighi più rigorosamente nel caso d'identità di ragione, perocchè ogni somiglianza importi di sua natura una qualche diversità, nè sia necessario che il legislatore per fatti simili prescriva ognora il medesimo; purtuttavolta la L. II ff. *de* LL. impone al giudice per l'appunto d'applicare

Digitized by Google

estensivamente le leggi *propter similitudinem rationis,* e molti luoghi si rinvengono nel diritto Romano, ne'quali usarono i giureconsulti di questo metodo; per esempio, la L. 4 si *quadrup. paup. fec. dicat.* la L. II *ad* L. *Aquil.* principalmente il § un. I *de legit. parent. tutela* — Ad ogni modo siffatta interpretazione non è da adoperare che per le sole leggi *favorabilibus,* e non altresì per *le odiosis,* e le *correctoriis.*

Non v'è chi non scorga come sia ben difficile l'immaginare una teoria più incerta di questa, e più pericolosa per l'intelligenza del Diritto; però che per la natura propria della simiglianza, le cose simili in qualche punto si diversificano, e nell'essenza loro non sono identiche. A quali conseguenze adunque la somiglianza non menerebbe, se volesse per ragion sua ammettersi un'applicazione estensiva? Il Diritto di Roma riconosceva nel padre la facoltà di nominare l'erede al figlio mentecatto, non potendo questi di per se medesimo far testamento; si vorrà perciò, con taluni, estendere siffatta regola anche a'figli dotati di poco senno, sol perchè il fare un testamento irragionevole sia quasi lo stesso male del non farne alcuno? Neppur so pensare che possa esservi un giurista il quale osi giustificare siffatta interpetrazio-

ne! Per quanto io mi sappia, nessuno finora ciò ha tentato, tutti essendosi tenuti contenti a proclamare, che anche per ragioni simili, l' interpretazione estensiva debbasi ammettere.

Ma tale teoria viene interamente, e necessariamente distrutta da'loro medesimi principii; e per fermo, allorchè si argomenta per somiglianza, non può mai dirsi con certezza che l'applicazione estensiva non abbracci anche quelle disuguaglianze, le quali sono ne' casi non contemplati. Che se dunque si ritiene che queste disuguaglianze non sieno d'ostacolo, egli è chiaro che le specie simili sono da essi considerate come identiche nella loro essenza, e così viene sconfessata quella medesima massima, che innanzi si confutava.

Può, egli è vero, il legislatore prescrivere al giudice, che debba far uso dell'interpretazione estensiva anche nel caso di ragioni simili, ma tale precetto sarebbe affatto contrario alla prudenza legislativa, epperò è assai importante il ricercare se ciò venne dal diritto di Roma prescritto. La famosa legge, sulla quale coloro, che tengono per l'affermativa principalmente si fondano, è la L. 12 de LL. *Non possunt omnes articuli sigil-*

latim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.— Prese isolatamente, le parole ad *similia procedere* sono le sole che possono far nascere un qualche dubbio, ma chi ben consideri scovrirà un errore anche qui. La somiglianza delle ragioni, e quelle dei fatti sono tra loro manifestamente del tutto differenti, nè la interpretazione estensiva suppone già l'identità de'casi, ma basta che si riscontri l'identica ragione anche in una specie diversa, perchè questa diventi un *casus similis* ad essa interpretazione soggetto. Nè più, nè altro è detto in quella legge, e facilmente sarebbe svanito ogni dubbio possibile intorno alla medesima, se la si fosse con altra comparata; per vero nella L. 13. *eod.* Ulpiano così si esprime: *quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.* Può adunque l'estensione essere limitata se trattisi di specie simili, e non così se di ragioni identiche. In molti luoghi è scritto che possano essere compresi in una legge medesima i casi iden-

tici preterìti (1); ma che l'interpretazione estensiva possa consentirsi anche per simiglianza di ragioni, per quanto io mi sappia, non v'ha testo che lo prescriva.

Ancora meno giova a coloro, i quali pensano altrimenti, l'avere i Giureconsulti Romani, in taluni casi isolati, esteso una legge per ragione di somiglianza, imperocchè il solo loro esempio non può obbligare, qualora esso non sia per i principii generali giustificato. Ma anche gli esempii, che si adducono, non provano in alcuna guisa, che quei giureconsulti abbiano nell' anzidetta maniera argomentato. La L. 4 *si quadrupes pauper. fecit* soventi citata, estende agli animali d'altre specie una legge, la quale non faceva menzione che solo de'quadrupedi. Ma ciò che prova? Nient'altro che l'essersi assoggettati ad una legge casi somiglianti, e per identità di ragioni. Lo stesso è a dire quanto alla L. II ad. L. *Aquiliam*, perocchè sia per la natura delle cose il medesimo l'offendere altrui con le mani, o con lo scagliare una pietra. Il più grave degli argomenti in contrario è la *legitima parentum tutela,* ed è sotto tale aspetto, assai degno di considerazione il seguente Frammento d'Ul-

(1) Per esem. L. 27 de LL. L. 34. § 7. *de contr. eml.*

piano T. XI. § 3. 5. *legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex* L. XII. *Tab. introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni. — Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a coemtore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius appellatur.* V'hanno adunque, dice il Frantzke, tre specie di tutele; quella degli agnati espressamente voluta dalla legge; quella de'*patroni*, che, quali eredi, vengono anch' essi *sententia legis* chiamati alla tutela; e quella finalmente dei genitori, la quale non è ammessa, nè dalla lettera, nè dalla *sententia legis*, ma soltanto per somiglianza di ragione.

Ciò malgrado, neppure con questa ultima specie di tutela vien riconosciuto il principio innanzi confutato. E davvero in quel tempo che venne creata la *tutela fiduciaria parentum*, non peranco aveva il padre, quale *manumissor* di suo figlio, alcun diritto ereditario; potettero esservi, e vi furon veramente buone ragioni per chiamarlo alla tutela, ma queste ragioni, per la natura medesima delle cose, non potettero essere nè simili, nè identiche a quelle, le quali furon presenti al pensiero de' compilatori delle

dodici tavole, imperocchè, giova ripeterlo, il padre, allorchè venne da quelle leggi istituita la *tutela fiduciaria*, non aveva ancora, a similitudine *de' patroni*, alcun diritto ereditario sui beni de' figli. Certamente fu egli ammesso alla tutela quale *patrono* per *similitudinem*; ma è manifesto altresì che in tal caso la *similitudo* non è già nelle ragioni del precetto, ma in vece ne' risultamenti di esso, e di questa non è ora a far parola. Per la qual cosa anche questo esempio, per quanto sembri decisivo a prima vista, deve ritenersi come poco opportuno, e tale da non confortare l'opinione contraria.

Il risultamento di questo esame non insegna adunque altro, se non che si possano i precetti di una legge allora soltanto estendere a' casi omessi, quando le ragioni di questi sieno identiche a quelle del precetto legislativo da estendere, anche se nessun'altra considerazione sembri consentire tale larga maniera d'interpretare. Oltre a ciò si comprende assai facilmente che per la regola *minus majori inest*, la ragioni più forti non debbano avere minore influenza di quelle identiche; un esempio di estensione *ob rationem fortiorem*, viene offerto dalla L. 32 *pr. ad L. Aquil.*

§ 18.

Per esaurire tutto quello che all'interpretazione estensiva si riferisce, è mestieri che sieno rammentate, e chiarite le seguenti regole:

I. Nessuna estensione è permessa qualora la ragion della legge non si appalesi per la legge medesima. Quanto a ciò mi riporto a quello che è stato detto dinanzi (§. 9). L'argomentar da un fatto ad un altro è per conseguenza da ammettere solamente, in quanto la ragione fondamentale della decisione relativa a quello esaminato, sia anche da allegare per l'altro preterito.

II. Spesso il legislatore può essere indotta non da una sola, ma da più ragioni ad emanare alcun precetto; naturalmente allora l'applicazione estensiva è soltanto permessa, se quelle ragioni tutte si riscontrino congiunte nella ipotesi non esaminata; o pure se sia manifesto, che il legislatore sarebbesi indotto a pubblicar quella legge anche per le sole considerazioni relative al caso omesso (1).

(1) Frantzk comm. L. 1. T. 3. n, 44. e 45. Grozio *de jur.* B. ac. P. L. II. c. 16. § 20. F. G. Houckio. *Diss. de rat. veter. JCtor. falso suspect.* C. L. § 3 Horn. *de interpr.* cap. 3. § 8. Zachariae Ermeneutica. § 62, e 115.

Digitized by Google

III. È mestieri che ne' casi non preveduti non sieno specialità tali, che evidentemente rendano inapplicabile quella prescrizione legislativa, la quale vorrebbesi estendere. Offre di ciò esempio la controversia, se possa il commodante privare il commodatario del suo possesso innanzi di spirare il termine convenuto, e per un avvenimento non previsto. Quella legge, la quale vien citata in sostegno del parere affermativo, tratta del locatore, ed è al caso in esame senza dubbio non applicabile, quantunque sia fondata sull'equità; imperocchè il commodatario non è in alcun modo indennizzato, ed il locatore invece, cui vien tolta la cosa, non è più nel dovere di pagare il fitto (1).

IV. Perchè una legge possa applicarsi estensivamente è d'uopo ancora che tale applicazione guidi ad un risultamento pratico, determinato, e nascente dalle ragioni di essa, come pure è necessario che l'oggetto dell'applicazione medesima sia ben distinto da esatti limiti. Infatti non potrà mai essere arbitraria una decisione, che derivi da un legale ragionamento; nè può aversi interpretazione estensiva, senza che sia chiaro l'oggetto di essa. Due esempii renderanno ma-

(1) Hopfner — Comment. § 772, nota I.

nifesta l'esposta teoria. Nella L. 7, C. *de tempor. in integr. rest.* Giustiniano sostituiva all' *annus utilis* delle *restituzioni* pretorie, un *quadriennium continuum:* più tardi con altra legge (1), e per altro caso, prolungava egualmente il termine di un anno ad un *tempus continuum* di tre anni, principalmente considerando le difficoltà di computare *l'annus utilis,* e le molte liti ingiuste che così sarebbonsi evitate. Le medesime ragioni al certo egli dovè avere ancora presenti nelpromulgare la prima delle due leggi anzidette, d'onde il quesito, se dovesse applicarsi anche a tutti gli altri *tempora utilia* ciò che per le restituzioni erasi prescritto. Che se guardisi solo alla ragione di quelle leggi, ed allora la risposta non può non essere affermativa; difatti v'ha moltissimi che così pensano (2). Ma il parere di Cujacio (3), il quale combatte l'estensione, che pur vuol farsi della L. 7. C. cit. è di gran lunga da preferire, anche a prescindere dal non potersi questa legge, perchè *correctoria*, giammai intendere estensivamente. Sono quelle due leggi fondate sopra ragioni identiche, e di esse la prima all'*annus utilis*

(1) L. I. C. *de annal. except.*
(2) Per esempio Stryk *de aedil. edict.* § 45.
(3) Osserv. Lib. II. cap. 18.

Digitized by Google

sostituisce quattro anni, e l'altra, per un caso diverso, ne sostituisce tre, quale sarà dunque la regola, che dovrà da' giudici osservarsi pe'fatti da tali leggi non governati?

Alcun precetto legale non si rinviene che, servir possa di guida intorno a ciò, solo è certo che una scelta arbitraria, od una qualunque transazione al riguardo non si può ammettere. Laonde è questa una condizione di cose, nella quale conviensi ad un giudice prudente, e che davvero abbia a cuore il miglioramento del diritto, astenersi da qualunque innovazione, ed eccitare il potere del legislatore a compiere la sua opera, evitando in tal guisa ogni possibile errore. Altro esempio è il seguente:

È risaputo che la Legge *Rhodia de jactu* suolsi applicare anche ad altri fatti, e fra questi all'essersi dovuto demolire talune fabbriche per impedire i maggiori danni minacciati da un incendio. Certamente debbono i vicini, a' quali ne venne un profitto, indennizzare i proprietarii delle fabbriche abbattute, e *pro rata*, delle perdite subìte; ma tutti ravvisando in tal caso una eguaglianza di ragione, spontaneo si presenta al pensiero il quesito, se debba quell'indennità prestarsi in eguale misura; il che, a parer mio, non è a ritenere. E senza dubbio

l'utile de' proprietarii più vicini è maggiore di quello de' più discosti, e così di seguito; onde non può essere osservata quella misura, la quale dalla Legge *Rhodia* è prescritta; nè al giudice è dato rinvenire in essa la regola di sua condotta, non essendo lecita l'applicazione estensiva di quel precetto (1). Egli è per le ragioni medesime che assai facilmente si scorgerà quando non sia applicabile quell' ordinamento del Diritto Romano, il quale liberava dalla tutela colui, che avesse procreato tre, quattro, o anche cinque figli.

V. Ogni interpetrazione estensiva è impossibile se il legislatore l'abbia espressamente, o in qualunque altra guisa vietata. Nettelbladt insegna, è vero, che una tale proibizione sia prova di crassa insipienza, qualora abbia il legislatore omessi taluni casi, pe' quali la ragione della legge anche potesse in certo modo invocarsi (2); ma sarebbe stato a desiderare ch'egli, posta da banda la sua vana filosofia, avesse più acconciamente e ragionato, e dimostrato. Mi adoperai a provare altrove che quel divieto possa avere ragioni ben gravi, e che sia

(1) Vedi Voet. Comm. L. 14. T. 2, § 18.
(2) Diss *de decis. cas. sec. analog.* cap. I, §. 5.

Digitized by Google

debito del giudice il conformarvisi interamente (1). E per fermo, soventi volte l' interpetrazione estensiva d' una legge, a seconda della ragione di essa, può menare alle conseguenze più arbitrarie. Evitar ciò è dovere del legislatore; ed allora solamente lo si può tacciare di poca sapienza, quando egli vieti altresì d'applicare i suoi precetti a casi non preveduti, e pei quali militino ragioni eguali, o più forti. È incredibile che sia a moltissimi sfuggita questa considerazione pur tanto naturale, e che ad arbitrio, e vanamente siesi così a lungo sofisticato intorno alle leggi proibitive della specie in esame. La novella 115 va al proposito esaminata con diligenza. Sono da comprendere in essa, dice il Nettelbladt, anche i casi identici non regolati espressamente, imperocchè Giustiniano non vieta già tale estensione; egli non prescrive che s' abbiano a regolare in quella guisa soltanto quei fatti, i quali *hac serie expresse continentur*, ma *nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*. Quanti assurdi per cansare altri assurdi!!

In quella novella comprender si deve so-

(1) Saggi intorno a talune speciali teorie giuridiche. Lib. I, pag. 31 e 325.

lamente, ciò che è subordinato ad essa, a tenore della sua lettera, e dell' uso giuridico del linguaggio. Per tal rispetto può a ragione dirsi con Cocceio, che quel figlio possa essere diseredato, il quale abbia consentito che altri ferisse suo padre (1); e ciò, non perchè ciascuna legge possa estendersi sempre che la ragione di essa manifestamente il consenta, ma perchè nel caso in esame, e per l' uso giuridico del linguaggio, il fatto del terzo va riguardato siccome fatto proprio del figlio. Tale ipotesi vuolsi adunque reputar compresa nelle parole della citata Novella (2).

§ 19.

Assai importante è il determinare quali leggi, in generale, sieno suscettibili di una interpetrazione estensiva. Non tutti intorno a ciò sono d' accordo; nondimeno egli è certo che:

I. I privilegi, nel significato proprio della parola, non debbono, per identità di ragione, essere estesi ad altri casi, e ad altre persone (3).

(1) Meditazione intorno a talune materie di diritto.

(2) Cocceio *jus controversum*, Tit. *de inoffic. test.* quaest. 13.

(3) § 6. L. *de jure nat. gent. et civ.*

Digitized by Google

II. Lo stesso è a dire, secondo il parere de' più, di quelle leggi, che per speciali ragioni, nascenti da importante principio del diritto naturale, o del positivo, prescrivano taluna eccezione, (*jus singulare*, o, come gli antichi giuristi dicevano, *jus exorbitans*). V' hanno a tal proposito delle leggi assai chiare. *Quod contra rationem juris receptum est*, dice Paolo nella L. 14, de LL. *non est producendum ad consequentias*. Lo stesso è quasi colle parole medesime ripetuto nella L. 141 *pr. de* R. I., e nella L. 162 l. c. sta scritto: *quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.*

Pertanto v' ha parecchi i quali pensano altrimenti, e fra questi nomino Conradi come il più ardito, ed il più sapiente (1). I frammenti citati, egli dice, non vietano già qualunque applicazione estensiva, essi prescrivono soltanto, che un *jus singulare* non venga esteso oltre quella ragione sulla quale si fonda; e che sotto l'apparenza dell'equità, o per una qualsivoglia somiglianza di ragioni, non si devii dalle regole del diritto comune. Ma se invece le ragioni sieno identiche, ed allora debbe aver vigore il generale

(1) C. G. Schulze *ad Jul. Pauli ex libro singulari de jure singulari reliqua.* Fragm. I, §§ 9 a 12.

principio, che la ragione d'una legge valga quanto la legge stessa, così da potersi dire con Cicerone: *quod in re pari valet, valeat in hac, quæ par est; valeat æquitas, quæ paribus in caussis paria jura desiderat.* E molti sono gli esempii, egli prosegue, i quali dimostrano, che da' giureconsulti romani i *jura singularia* estendevansi, interpetrandoli; si riscontrino all' uopo la L. I. §. 2. *de edendo*, la L. 32 *ad* L. *Aquil.* la L. 20 *de re judicat.* e finalmente l' altra L. 63. *pr. pro socio.*

Dopo ciò che è stato detto dinnanzi, è assai facile il combattere simili argomenti; nè poi è dimostrato che abbiano quei giureconsulti applicato estensivamente una legge per mera simiglianza di ragioni; nè Giustiniano autorizzò giammai siffatto procedere (§. 18). Assai strano davvero sarebbe stato trovar prescritto nelle Pandette, che *un jus singulare* non dovesse essere esteso per somiglianza di ragioni, quasi ciò fosse stato consentito per le altre leggi. Con quelle parole: *non producendum ad consequentia*, o *ad consequentias*, i giuristi di Roma non intendevano significare se non quello, che da me fu esposto. Invero la *tutela legitima patronorum* venne stabilita, argomentando per medesimezza di ragioni; ed Ulpiano di-

ce de' patroni : *tutores sunt per consequentiam* (1). Hanno taluni in gran conto gli esempii che a tal proposito vengono allegati, ma neppur questi provano abbastanza; perocchè il procedere de' giureconsulti romani, così come io ho innanzi ricordato (§, 11), non può servirci di norma, qualora le leggi generali, e la natura medesima delle cose ci consiglino di tenere altra via. Del rimanente quelle leggi neppur dimostrano ciò che si pretende. Ed invero aveva il Pretore imposto agli *argentarii* di render pubblici i loro libri di conti, e Paolo, interpretando quell' Editto, osserva che : *Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit, quia et hi nummularii, sicut argentarii, rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam, et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur; et frequentissime ad fidem eorum decurritur.* Chi ben consideri il qual frammento, s' avvedrà di leggieri, che Paolo, a dir vero, non estese alcun *jus singulare*. Egli è difatti noto abbastanza, che i giureconsulti Romani dell' Impero seguivano le regole del diritto di natura, o l'equità, sempre che

(1) Fr. Tit. XI. § 3.

il diritto civile non avesse espressamente ordinato il contrario (1). Nel caso in esame l'equità del responso di quel giureconsulto era chiarissima, ed il precetto del Pretore, quantunque la ragione della massima propugnata da Pomponio propriamente non comprendesse, pure dava bene occasione allo stesso Paolo di difendere il suo parere: Nè quello che pur sarebbe equo vuolsi osservar sempre, solamente perchè il legislatore, in una qualche speciale ipotesi, all'equità conformavasi.

Esempii di ciò rinvengonsi nella L. 32, *ad* L. *Aquil.* e nella L. 20, *de re judic.* nell'ultima delle quali il giureconsulto deduce la ragione della sua sentenza espressamente da ciò, che: *et in persona mulieris, aequa lance servari aequitatis suggerit ratio.* Nell'altra L. 63 *pr. pro socio* Ulpiano concede il *beneficium competentiæ* anche a colui, il quale faccia parte d'una qualche società, imperocchè egli pensa aver per se una validissima ragione, *quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* Ma veramente non posso io, per i principii da me adottati, consentire in questa dottrina, ed anche a Conradi sarebbe malagevole

(1) Weber, *dell'obblig. natur.* § 45 e 46.

il difendere Ulpiano dalla taccia di arbitrio. Forse quella conclusione è in certa guisa fondata; ma come essa possa dirsi dedotta da identità di ragioni, io non intendo. Altri giuristi altrimenti pensarono intorno a ciò (1); e parecchie non ambigue risoluzioni potrebbero essere citate contro quegli esempii, (anche quando essi veramente dimostrassero, quello che non dimostrano), dalle quali si farebbe certo, come non abbiano i giureconsulti ammessa l'estensione logica di un *juris singularis* (2).

§ 20.

Anche più dibattuta di quella intorno all'interpetrazione estensiva delle leggi singolari, è la disputa relativa all'interpretazione medesima delle leggi *correctoriæ*; la quale controversia è divenuta importantissima principalmente per il dubbio, se dovesse un fratello essere esente dal far la prova di non aver meritata la diseredazio-

(1) L. 16, *de re judicata*. In ciò altro non ravviso che una antinomia, e reputo come sommamente stentate le diverse prove di conciliazione fatti dal Cocceio, Tit. *pro socio, qu.* 13, dal Voet ibid. § 20, e dal Boemero *jus* D. *eod.* § 24.

(2) L. 23. § 3, *de fideicomm. libertat.*

Digitized by Google

ne (1); malgrado che non sia fra tali materie quasi alcun legame (2). Molti recisamente negano, che le leggi *correctoriae* possano interpretarsi estendendole, per l'erroneo motivo, che tali leggi, se dubbie, vadano interpetrate ristrettamente (§ 15). Ed aggiungono, esservi parecchi precetti legislativi, i quali dicono apertamente, che sia cosa per se medesima manifesta, il dover seguitare ad aversi per valido ciò che non fu emendato (3). Altri invece son di parere, che possano quelle leggi estendersi senza confini, non solo perchè nessun precetto giuridico esclude le leggi *correctoriae* dalla regola della L. 12. *de* LL. ma ancora perchè le medesime furono sovente estese e da' giureconsulti romani, e soprattutto dagl' imperatori (4). Per quel che riguarda i giureconsulti, vengono principalmente citate la L. 1, *pr.* la L. 11, § 5. *ad* L. *Aquil.* e la L. 5, C. *de bonis quae liberis*, fra loro

(1) Hopfner Comm. § 533, not. 2.

(2) Sarebbe errore il credere, che i fratelli fossero tenuti a fornire alcuna prova, prima che la Novella 115 venisse pubblicata. Vedi Stein, de'testamenti inofficiosi. §§ 15, 34, e 47.

(3) L. 27. C. *de testam.* L. 32, § 6, C. *de appellat.* Nov. 20, c. 9.

(4) Forster *de jur. interpr.* L. 2, Capo 2, § 2, n. 9. Horn. *de interpr.* cap. 3, § 12.

paragonate; e per quel che si attiene agl' imperatori, soglionsi allegare i Rescritti molteplici co' quali, (come avvenne de'peculii) a poco a poco furono le antiche teorie del diritto quasi affatto abolite.

Che se vogliasi cavare un esatto criterio intorno a ciò dagli esempii isolati, ed allora si sarà tratti con subita vicenda ad accogliere or l' una, or l' altra dell' opinioni anzidette.

Perchè sia il lettore meglio predisposto a quanto sarò per dire, voglio, come per chiarimento, notare i seguenti casi appieno conosciuti. A seconda della L. 1, *pr. ad* L. *Aquil.* era cotesta una legge *correctoria*, la quale, siccome Ulpiano dice: *omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fecit.* Or se in quella legge era parola unicamente del *damno corpore corpori dato*, poteva essa applicarsi anche ad altri casi, ne' quali un danno ingiusto pur si verificasse? In Roma ciò ammettevasi, e sempre (1); e veramente questo non parrà strano ad alcuno, perocchè sia in sostanza una cosa medesima l'offendere altrui per contatto immediato, o con lanciargli contro alcuna cosa; nè possono così reputarsi

(1) § 16, T. *de Leg. Aquil.*

come posti in non cale i limiti assegnati all' interpetrazione da' principii generali. A proposito dell' esame che ne occupa, suolsi ancora rammentare il precetto racchiuso nella L. 16, § I. C. *de usufructu*, per il quale questo non perdevasi più col decorso d' un anno, ma di dieci, e di venti : *cum multae et innumerabiles caussae rebus incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt.* Tale ragione al certo valer doveva per l'usufrutto non solo, ma benanche per le servitù reali, e nulladimeno ognuno sarà persuaso, che se Giustiniano non avesse quella regola estesa anche ad esse con la L.13. C. *de servit.* difficilmente sarebbesi potuto giustificare colui, il quale ciò avesse fatto di proprio arbitrio. E senza dubbio si sarebbe potuto a buon diritto provare, che quell' Imperatore, alloraquando promulgava la L. 16, innanzi citata, ben conosceva i principii, i quali la prescrizione delle servitù regolavano, e che però aveva dovuto avere valide ragioni per limitare il suo precetto al solo usufrutto.

Questi esempii tutto al più valer possono a manodurre il lettore verso quei principii, i quali io ora penso (1), sieno i soli giuridici.

(1) Altra volta anche io propugnai l'estensione illi-

Voglionsi al proposito distinguere le ipotesi seguenti:

A. Una legge *correctoria* emenda taluna disposizione dell'antico diritto, ma ne lascia integra talun' altra, per la quale varrebbe la medesima ragione d'emendamento: di che è esempio la L. 16 citata. In siffatta ipotesi la interpetrazione logica estensiva debbesi in virtù del principio su cui riposa, interamente rigettare. Quel principio infatti trae sua origine dalla considerazione assai semplice, che il legislatore non sia guidato dall'esame di fatti particolari, come lo è il giudice, per esperienza di tutti i giorni; quindi è, che offerendosi a quest' ultimo taluni fatti, cui il legislatore nè pensò, nè poteva pensare, egli deve, mediante l'interpetrazione estensiva al difetto delle leggi supplire.

Ma tutto questo non è da applicare alle leggi correttive, in quanto esse lasciano intatto alcun' ordinamento; perocchè se il legislatore domanda da'cittadini una conoscenza illimitata del diritto, ed imputa a loro danno, se essi per avvèntura dimentichino ciò che non dovrebbero, ben si può, e con ragione ri-

mitata delle leggi correttive. Vedi i miei Saggi L. I. pag. 256 a 258, e la prima edizione di questo scritto § 14.

chiedere, che anche egli conosca le leggi abbastanza. Se adunque si lasci immutata alcuna parte di queste, giuridicamente s' ha a considerare, che ciò sia stato fatto a disegno e scientemente, e che non si possano in tale condizione di cose, estendere a buon diritto le regole novelle, pur non curando quelle conservate. Piuttosto è a ritenere, che il legislatore, il quale ben deve conoscere in ciascuna parte la legislazione esistente, e che, ciò malgrado, abolisce solo alcun precetto di essa, abbia per deliberato proposito voluto, che gli altri tutti seguitassero ad esser validi; e che ragioni possenti l' abbiano consigliato a limitar così l' efficacia di una legge correttiva. Per la qual cosa non è lecito al giurista arrecare alcun mutamento a ciò, che dal legislatore si volle conservato.

B. Anche può essere che la ragione di una legge correttiva si adatti ad altri casi, de' quali non sia parola nell' antico diritto rimasto immutato; di che sono esempio gli addotti frammenti del Tit. *ad* L. *Aquiliam*. In questa ipotesi può bene adoperarsi l' interpetrazione estensiva. E veramente, se il legislatore dice in generale di doversi comprendere in una legge, e qualora v' abbia identità di ragioni, tutti quei casi ch'egli non ha previsti, non sa comprendersi perchè non

possa il giudice supplire al difetto anche delle leggi *correctoriae*, quando per avventura l'analisi legislativa sia stata incompleta.

L'esame soltanto parziale dell'una, o dell'altra delle due ipotesi anzidette, ha dato origine alle teorie di sopra rammentate, le quali peraltro è assai facile confutare. Quelle leggi, che i propugnatori della prima opinione allegano in conferma di essa, non vietano già ogni larga interpetrazione dei precetti correttivi, ma solamente non la consentono in quanto si miri con essa a distruggere una prescrizione vigente, e rimasta immutata. Può a questo proposito ragionevolmente rammentarsi, ciò che Giustiniano dice nella L. 27, C. *de testam: quod enim non mutatur, quare stare prohibetur?* Quanto poi alla seconda ipotesi non v'è legge alcuna, la quale vieti quella estensiva interpetrazione, che anzi i difensori dell'altra opinione invocano la L. 12, *de* LL.

Ma egli è grave errore dedurre da questa legge una regola generale; ed è errore anche più grave il giustificare l'adozione di cotesta regola illimitata con la consuetudine degli imperatori, e dei giureconsulti romani.

L'esempio dei primi è chiaro che non possa aversi in considerazione, imperocchè essi,

nell'apportare dei cangiamenti al diritto esistente, non erano già interpetri, ma legislatori; come è stato detto (§ II); nè può da noi essere imitato il sistema di quei giureconsulti, sconoscendo i generali principii, soprattutto nel caso in esame, nel quale gli esempii allegati per nulla giustificano la dottrina di cui è parola. Ed invero la L. 1 pr. messa a confronto con la L. 11, § 5, *ad* L. *Aquil.* consente l'interpetrazione estensiva soltanto per il caso cennato alla lettera B, e per il quale essa, a norma dei generali principii, era ammessibile. E con l'altra L. 5, C. *de bonis quae liberis*, il giureconsulto estendeva una legge *correctoria*, per equità, il che, e poco innanzi venne osservato, non deve già considerarsi come una vera larga interpetrazione fondata sulla ragione della legge.

Del rimanente tali principii intorno alla interpetrazione delle leggi correttive debbono, per le medesime ragioni finora esposte, applicarsi ancora a quelle altre leggi, le quali statuiscono alcuna cosa non in contraddizione aperta del diritto preesistente, ma soltanto in un tal quale rapporto con il medesimo. Un esempio di ciò rinviensi nella L. 12, C. *de acquir. vel retinenda possessione*, con la quale vien sciolto il dubbio

rimasto fino allora legislativamente insoluto, se potesse un possessore in nome altrui far perdere il possesso giuridico a colui ch'egli rappresenta, mercè l'abbandono dal canto suo del possesso medesimo. Al che vien risposto negativamente per la regola generale: *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.* E questa ragione certamente potrebbe con eguale giustizia invocarsi, ove qualcuno con la forza si approprii del possesso, che si appartenga a colui ch' egli rappresenta; eppure, ciò non era consentito anche prima della L. 12 citata (1); nè fino ad oggi alcuno ha pensato potersi tale legge estendere a questo caso. E ciò è assai ragionevole; chè certamente Giustiniano ben conosceva quanto aveva egli medesimo prescritto al proposito nelle Pandette, e se nulla innovò, ben deve dirsi con lui: come può una legge aversi per mutata, se l'autore di essa seguitò a ritenerla per valida?

§ 21.

Eguale controversia, che per le leggi correttive, ha luogo altresì per quelle penali.

(1) V. il mio sistema delle Pandette, seconda edizione, § 307.

Professano i più l'opinione che queste non possano estendersi (1), ma non tutti per i medesimi motivi. Taluni invocano all'uopo la L. 42 *de poen.* e l'altra L. 155 § 2, *de* R. J. altri invece escludono quel modo d'interpetrazione, principalmente perchè nessun *jus singulare* può essere esteso, ed ogni legge penale, qual mero prodotto del diritto positivo, sempre comprender debbe alcuna singolarità (*singularität*). Alla quale dottrina ha contribuito non poco l'osservarsi, che veramente assai di rado si presenti alcun fatto, al quale possa dirsi con sicurezza, che appieno si attaglino le ragioni d'una legge punitrice relativa od altro fatto, così che l'interpretar questa largamente, non possa recar seco alcun pericolo.

Ma pria d'ogni altro, le leggi innanzi citate non opportunamente s'invocano; imperocchè esse trattino non dell'interpetrazione estensiva, e difforme dalla lettera di una legge, consentita quando per avventura sia ben nota la ragione di questa, ma s'occupino del significato più mite da dare nei casi dubbii ad un ambiguo precetto legislativo.

(1) Riscontra Forster, *de jur. interpr.* L. 2, C. 2, § 4. Franzke Comm. Lib. I. T. 3, num. 40, a 70. Feuerbach Revision. L. 2, pag. 17 e seg. H. C. Jordan, *de propriis legum poenal. interpretand. principiis.*

Digitized by Google

E certo la massima di doversi *in ambiguo* preferire il significato meno severo, non comprende già l'altra interamente diversa, che la ragione evidente di una legge penale non possa aver vigore altresì pei casi non preveduti (1). Nè più importanti sono quegli argomenti, che traggonsi dalla natura *singulare* di tali leggi. La nostra nuova filosofia ha, egli è vero, accolta una opposta dottrina, ma la pensavano altrimenti i giureconsulti romani, i quali, malgrado la regola che i *jura singularia* non potessero estendersi (§ 19), pure generalmente interpetravano le leggi penali, estendendole, sempre che la ragione su cui esse fondavansi, era valevole ancora pe' casi omessi (2). Nè solamente per gli esempii, nei quali quei giureconsulti altro non facevano che applicare un generale principio, debbasi ritenere consentito l'anzidetto modo d'interpretazione quanto alle leggi punitive, ma ancora, e soprattutto, perchè non v'ha prescrizione alcuna legislativa, e generale, che le eccettui dalla regola consacrata nelle LL. 10 a 14

(1) Rapolla, *Il giurista*, Lib. 2 § 87. Traduzione di Griesing.

(2) Tot. Tit. ad L. Aquil. L. 2. § 29 *ad SCt. Tertull.* L. 7, § 3, *ad* L. *Jul. Majest.* L. 3, *de leg. Pomp. de parricid.*

Digitized by Google

de LL., per la quale viene ammessa l'interpetrazione estensiva a norma della ragione per cui i legislativi precetti venivano dettati. Una restrizione soltanto può essere permessa, secondo quel che fu detto nel paragrafo ventesimo, ed essa ha luogo quando una legge penale novella abolisca alcuna parte di altra preesistente, rimanendo nel tempo stesso integra altra parte di essa, cui la ragione del nuovo precetto anche perfettamente si convenga. In tale ipotesi l'interpetrazione estensiva quanto alla parte dell'antico diritto rimasta immutata, senza dubbio non è possibile; ma non perchè si tratti d'una legge penale, bensì in omaggio alle regole le quali si riferiscono a quella specie di leggi *correctoriae*, che soltanto in parte emendano alcun precetto del dritto vigente.

§ 22.

Della interpetrazione abolitiva, e della restrittiva

Nel trattare dell'interpetrazione abolitiva (*abrogans*, *aufhebende* § 7) molti, e coloro principalmente, che di questa materia non s'occupano con grande diligenza, ingannati in parte dal confondere la *ratio le-*

Digitized by Google

gis, e la *ratio decidendi* (§ 16), tengono a loro guida il principio: *cessante ratione legis*, *cessat lex ipsa;* quasi, nel dubbio, il venir meno la ragione di una legge portasse seco l'abolizione di essa. Pertanto egli è ben certo che siffatta regola non meriti neppure il nome di principio, e che giammai essa possa come tale considerarsi nella materia che ne occupa. Riguardo adunque all'interpetrazione abolitiva (§ 7), una legge non cessa d'aver vigore, unicamente perchè le ragioni d'onde ebbe origine, con l'andar del tempo, vennero a mancare. «Quante volte, dice Struben (1), riteniamo noi le *conclusiones*, mentre i *principia* più non sussistono, e la *ratio legis* non trova più la sua pratica applicazione?» La quale teoria è appieno giustificata: una legge in fatti può essere ancora utile, senza che quella ragione, sulla quale essa da principio fondavasi, continui a sussistere; che se il legislatore la mantenne immutata, è forza al giudice considerarla siccome un precetto, la ragione del quale sia a lui ignota. Nè più, nè altro può derivare dall'essere i motivi d'alcuna legge non più esistenti. Inoltre nessuna prescrizione impone di non osservare le leggi per

(1) Condizioni giuridiche. Vol. 2. pag. 144.

Digitized by Google

mutamenti sopravvenuti; che anzi può bene invocarsi in contrario la L. 35 *de* R. I. quale non ambigua manifestazione del pensiero del legislatore. Riceve ciascuna legge forza obbligatoria non dalla ragione sua, ma bensì dalla sua sanzione, però soltanto da una sanzione contraria può essere abrogata.

Eppure sventuratamente l'esperienza di tutti i giorni dimostra, che i nostri pratici anche a tal riguardo non serbino nè misura, nè modo. Le sole osservazioni di Müller offrono una serie di esempii siffatti, i quali a volte promuovono fino il riso, come là dove egli osserva, che il padre non sia più tenuto a dotare la figlia, perchè a' nostri tempi in generale, le donne non si maritino già per il danaro (1). Bel riscontro davvero alla *castitas temporum suorum* tanto vantata da Giustiniano! Ma già di cotesti errori fu da altri fatto giustizia (2), epperò sarebbe cosa superflua più distesamente occuparsene.

(1) Observ. ad Leyser. Obs. 540. Altro esempio di tal fatta si contiene nell' Osserv. 868. Langsdorf, *von den usuris ultra alterum tantum*, Dapp. *Legitimation zum Process.* § 147.

(2) Vedi principalmente Weber. Considerazioni etc. § 18.

Digitized by Google

§ 23.

Neppure può una legge interpetrarsi ristrettamente sotto un qualche aspetto, soltanto perchè il fondamento di essa in taluni casi non sussista. Egli è vero che il legislatore non deve affidar tutto alla sagacia, ed all'arbitrio dei giudicanti, ma per la mala fede, la quale da ciascuna eccezione immantinenti trae fuori un' altra, quella legge, che mirasse ad essere adatta in tutte le occasioni possibili, sarebbe di pretesto a' sofismi, e verrebbe meno così, di per se medesima, al proprio scopo. Però richieggonsi precetti chiari, ed efficaci per il maggior numero dei casi; nè una legge perde in guisa alcuna la virtù sua relativamente a quei fatti, pei quali la ragione di essa forse non possa invocarsi opportunamente. « *Ex his*, dicono le leggi stesse, *quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur; ad ea potius aptari debet jus, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eveniunt; quod enim semel aut bis existit, praetereunt legislatores!* » (1). Il qual principio vedesi dai giureconsulti di Roma seguìto anche in pratica (2).

(1) L. 4, 5, 6, de LL.
(2) L. I, pr. § 3, *de minor*.

I giuristi più antichi di già avvertirono che non convenisse applicare senza limiti la regola: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa etc.*, e noverarono la disamina intorno a ciò fra le più intricate, difficili, e piene di pericoli (1). Assai rettamente l'Huber a tal proposito così s'esprimeva: *postquam lex semel aliquid ob certam rationem statuit, hoc jus aequabiliter custodiendum est, etiam in casibus, si qui dentur, quibus ratio illa non obtinebat. Nam si lex identidem ac ratio minus conveniret, vim suam amitteret, omne jus foret incertum ac momentaneum; exemplo res fiet clarior. Lex est, impubes ne faciat testamentum, quia nullum est ejus animi judicium. Datur impubes cui est prudentia ante pilos; quaeritur an testari possit? non potest* (2). Anche con accuratezza hanno poi di ciò trattato l'Averanio (3), e sopra tutti il Voord (4), ed il Weber (5), arrecando non pochi esempii a maggior chiarimento, così che non è dal canto mio necessario dirne più altro.

(1) Forster, *de jur. interpr. Lib. 2, C. 3.*
Holderieder *de princip. interpret. leg. adaequatis.* Lipsia 1736. § 19.
(2) *Prael. ad* P. L. I. T. 3, § 8.
(3) Interpr. L. V, Cap. 10, N. 2 e 3.
(4) Interpr. L. I. Cap. I.
(5) Obbligazione naturale § 64.

§ 24.

La regola è adunque, che una legge non possa interpetrarsi in modo ristretto, solo perchè la ragione di essa più non sussiste. Che se in quella vece può dimostrarsi non avere avuto il legislatore presenti al pensiero taluni fatti, questi possono con sicurezza essere eccettuati dalle disposizioni di lui, non perchè si limiti così la regola dell'interpetrazione a seconda della ragione di una legge, ma perchè qualsivoglia giuridico precetto non vuolsi applicare, ogni volta che lo scopo del legislatore in esso non si riscontri (§ 12).

Un esempio di simil fatta assai degno di attenzione rinviensi nella L. 15, esaminata insieme alla L. 6, § 2, *de jure patron.* La legge *Ælia Sentia* aveva prescritto che dovessero perdere qualunque diritto di Patronato, quel Patrono, o i figli di lui, i quali obbligassero con giuramento un loro liberto a non contrarre matrimonio. *Quamvis nulla persona lege excipiatur*, nota Ulpiano, *tamen intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt. Itaque si castratum quis libertum jurejurando adegerit, dicendum est: non puniri patro-*

num hac lege. Bene è manifesto che tale eccezione per niente offendeva lo scopo del legislatore; almeno era questa l'opinione di Ulpiano. Così l'Editto degli Edili non applicavasi ai vizii apparenti, e tali da non essere celati. Di ciò è altro esempio nella L. II, § 2, *de his qui not. infamia: Pomponius eam quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare; quod verum puto.* Per le ragioni medesime può anche ritenersi, che il precetto della Nov. 115 col quale Giustiniano ordinò, dovesse la diseredazione aver luogo *ex his tantummodo caussis*, non comprenda in alcun modo l'*exheredatio bona mente facta*, quantunque le parole adoperate sieno generalissime. Il che si argomenta da tutto quanto il contenuto della citata Novella, d'onde risulta che quell'Imperatore, tale ultima specie di diseredazione, in nessuna guisa ebbe presente (1).

§ 25.

Come per l'interpetrazione estensiva è sempre necessario che si riscontrino nei

(1) Altri esempii rinvengonsi nella L. II, *de in jus vorando*, e nella L. 40 *de hered petit.*

casi non preveduti tutte le ragioni note di una legge, così e non altrimenti per l'interpetrazione ristrettiva, (quando la si ritenga ammissibile, o quando si dinoti con questo nome medesimo il limitarsi che si faccia di una decisione a norma del fondamento di essa (§ 16)), si richiede che nessuna delle ragioni vagliate dal legislatore nell'ipotesi da lui considerata, seguiti ad aver vigore. Dal poter'essere una legge promulgata per parecchi motivi, ciascuno dei quali, preso anche isolatamente, avrebbe consigliato al legislatore il dettarla, conseguita, che se pure uno di essi più non abbia importanza, quella legge non cessi perciò d'esser valida, e deve reputarsi come se fin da principio agli altri motivi soltanto si fosse posto mente. Ben si potrebbe pensare, che ciascun giurista possedesse tanto di logica, da niente opporre a questa massima, di cui nulla è più chiaro; eppure v'ha chi professa una dottrina interamente diversa. «La ragione, dice Hellfeld (1), per la quale non sono i genitori soggetti alle prescrizioni del diritto comune, allorchè essi fanno testamento nel solo interesse dei figli, consiste e nel rispetto che questi debbono loro, e nel poter

(1) Jurispr. for. § 1480.

eglino essere eredi anche senza alcun testamento. Quest' ultima ragione non ha luogo, se per avventura i genitori non vogliano che un figlio raccolga la loro eredità, e però in siffatti testamenti alcuna diseredazione non può verificarsi. » Ma, e che sarà della prima ragione? Anche a volerla ritener per vera, certo essa non perderebbe nulla della sua efficacia, quando anche l'altra non più fosse esistente.

Rinviensi altro esempio nella disputata L. 2 § 1, C. *ad* SCt. Macedon. nella quale sta detto: *sin miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam caussam pecuniae creditae, vel ubi consumptae sint. In pluribus enim juris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui juris sunt, et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere, et expendere, nisi in caussas castrenses.* «Egli importa poco, dice Struben, nel commentare questa legge, « conoscersi per quale uso il « danaro fu preso in prestito, e come esso « venne impiegato; però non giova al padre « che siesi forse quel danaro medesimo ba-

« rattato. Il più gran numero dei dottori è di
« parere, che il creditore possa invocare sem-
« pre una *praesumptio juris et de jure ;* ma
« l' *evidentia rei* la vince sulle presunzio-
« ni meglio fondate. In conseguenza qua-
« lora sia dimostrato, che la somma presa a
« mutuo non poteva essersi spesa per acqui-
« sto di oggetti militari, debbe ammettersi
« in pro del padre la *exceptio SCti Macedo-*
« *niani* » (1). Ma anche a voler ritenere che dovesse in tal caso aver luogo in generale una interpetrazione ristrettiva, pure sorge pria d'ogni altra la domanda, se in esso non sussista più alcuna delle ragioni innanzi mentovate. Il contratto è valido, dice quella legge, e perchè il *filiusfamilias miles* va considerato quale *homo sui juris*, e perchè si presume che il danaro siesi ricevuto, ed impiegato per una causa *castrense ;* delle quali due ragioni se l'ultima non si rinviene nel fatto in esame, la prima invece è in esso evidentissima; laonde alcun modo ristretto d'interpetrare non è ammissibile. — Così anche erronea è l' opinione di molti, i quali pensano che oggi sieno dal donante dovuti gl'interessi moratorii, perchè al presente è la donazione un *negotium bonae fidei*, e

(1) Condizioni giuridiche. Lib. II.

Digitized by Google

nella L. 22, *de donat.* era assegnata la seguente ragione per esimere il donante da quel pagamento: *cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.*

Ma, osserva il *Weber* (1) assai giustamente, che continua sempre ad esser valida l'altra ragione apertamente espressa dalla legge, cioè che: *de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est.* Il qual motivo sarebbe anche da solo bastato per indurre i romani in quella sentenza; e per potersi di esso non tener conto, sarebbe mestieri dimostrare che era meramente accessorio, e come qualche cosa di troppo, in una dimostrazione per altra via già completa.

§ 26.

Dell' interpetrazione mista.

Partecipa l'interpetrazione mista di quella estensiva, e della ristrettiva, però essa è soggetta a tutte le regole, le quali a queste due specie si riferiscono; nè può ammettersi, quando queste non sieno ammessibili. Che se per avventura in una legge medesi-

(1) Obbligazione naturale § 99, nota 4.

ma si riscontrino i requisiti richiesti per l'interpetrazione estensiva e per la ristrettiva, è allora necessario, che essa venga nel tempo stesso ed estesa, e ristretta. Così deve intendersi che la L. 12 § I C. *de* LL. s'occupi non dell'interpetrazione più chiara delle leggi in generale, ma sì di quelle le quali appaiano come prive di significato; il che del rimanente si fa apertissimo dall'esame complessivo di essa. Nè potrebbe osservarsi, che se s'interpetra quella legge così, non secondo la lettera, ma a norma del pensiero che l'informava, non sia dato restringerla, per essere l'interpetrazione secondo lo scopo, che il legislatore proponevasi, lecita senza alcuna restrizione (§ 12 e 24). Si esamini all'uopo la L. 16, § I, C. *de usufructu;* e si scorgerà, che quantunque per rispetto ad essa possa anche aver luogo una interpetrazione estensiva, ed un'altra ristrettiva, pure quest'ultima soltanto sia consentita al giurista. Infatti la prima sarebbe solamente ammissibile in quanto le ragioni riguardanti l'usufrutto si estendessero ancora alle servitù reali, ma a questa estensione si oppongono le regole relative alla maniera d'interpetrare estensivamente le leggi *correctoriae* (§ 20). Invece ben possono intendersi in un significato ristretto le

Digitized by Google

parole, *nisi talis exceptio ..... repellere ;* imperocchè quantunque esse, nella generalità loro, sembrino voler dire che possa in pro del padrone della cosa serviente, aver luogo una *usucapio libertatis,* pure per la L. 13, C. è chiarissimo come Giustiniano abbia voluto soltanto, che l'usufrutto dovesse perdersi per il non uso in quel periodo medesimo di tempo, il quale era necessario ad acquistare per prescrizione la proprietà degl'immobili.

§ 27.

Dell' interpetrazione letterale.

Quella interpetrazione, la quale in nessun modo contrasti con le parole d'una legge (§7), non ha d'uopo d'alcun chiarimento; per fermo, se quel che risulta dalla ragione di una legge s'accordi con l'espressioni sue, ed allora l'interpetrazione logica è affatto inutile; nè intorno ad essa è da fare alcuna osservazione. Ma se al contrario, i dubbii, e le ambiguità d'un precetto giuridico vengono dissipati, mercè l'esame de'motivi che lo provocarono, in tal caso si comprende assai di leggieri, che il suo significato letterale s'abbia ad intendere a norma dello spirito

che lo informava. Di vero anche per legale prescrizione (§ 15) debbonsi nei casi dubbii quelle conseguenze preferire, le quali sieno consentanee all'oggetto di che si tratta. Ed è cosa naturalissima credere che il legislatore abbia voluto dir quello che più sia conforme alle ragioni, le quali ai suoi precetti servono di fondamento (1). Da ciò seguita che l'interpetrazione dichiarativa, a norma della ragione fondamentale d'una legge, propriamente sia parte di quella, la quale ha per guida lo scopo presupposto del legislatore (§ 15).

§ 28.

Dell' analogia.

Avrei io posto termine oramai a questa parte generale, se non avessi ancora a dire alcuna cosa dell'analogia, della quale fino ad ora pensatamente non ho fatto alcun cenno.

La parola analogia è adoperata tutti i giorni, e da tutti; eppure v'ha al presente solo pochi scrittori, i quali le attribuiscano un eguale concetto. Taluni intendono per

(1) Forster *de juris interpret.* Lib. II, Cap. IV.

Digitized by Google

essa financo il subordinare che si faccia d'un caso speciale ad una legge generale (1); la maggior parte invece dicono analogia l'argomentare da un caso risoluto, ad altro simile non previsto. Questi ultimi distinguono nuovamente, col Nettelbladt (2), dall'analogia una così detta *decisio secundum argumentum legis*, mercè la quale, il giudizio relativo ad un fatto viene esteso, per argomento *a contrario*, ad altro fatto diverso, e non risoluto. Geisler (3) invece insegna doversi dire analogia non soltanto l'interpetrazione estensiva di una legge conformemente alla sua ragione, ma sì ancora quella ristrettiva, mediante la quale il contenuto di un precetto viene limitato, per l'esistenza di talune opposte ragioni. Professa egli tale opinione, principalmente perchè spesso è mestieri all'analogia far ricorso, affin d'evitare contraddizioni, ed

(1) Repertorio del diritto politico e del feudale, alla parola *analogia* § 1.

(2) *De variis casus in foro obvios decidendi modis in genere.* Hal. 1750 § 29. Lo stesso, *Diss. de decis. cas. sec. analog.* Hal. 1751. cap. II. A. D. Schwarz. *De recto, et legitimo usu. decid. cas. sec. analog.* Erf. 1751, c. 1.

(3) Prol. de *analogia furis publici.* Vitemb. 1784. Di quest' opera è a mia conoscenza solo il reassunto, peraltro assai completo, che è nella biblioteca del diritto di Klüber.

Digitized by Google

errori. Glück finalmente giunge sino a chiamare analogia i risultamenti, in generale, dell'interpetrazione logica, sia restrittiva, sia estensiva (1).

Fino a tanto che in siffatta disamina si tratterà solo di postulati, di definizioni, o di ragionamenti, fondati del tutto sulla così detta natura della cosa, ogni disputa sarà sempre vana, riuscendo impossibile il combattere gli avversarii su questo campo. Nè alcuno ha interesse a conoscere che cosa questi o quegli abbia pensato della analogia, solo importando sapere ciò che veramente debbe di essa pensarsi, e le ragioni che escludono ogni concetto al proposito men che esatto.

La disamina intorno a ciò è affatto indipendente dalla cosiddetta natura della cosa. Tutti convengono nel riconoscere che la voce analogia non designa nè un uomo, nè un animale, nè una pietra, e che però si tratti solamente di sapere quel che l'uso del linguaggio significa con questa parola; o meglio, qual concetto bisogna formarsi di essa in conformità di quest' uso medesimo, studiato nelle sue origini. Che se quella voce si trovi adoperata originariamente a significa-

(1) Comment. Lib. I. § 37.

re un giudizio per somiglianza di ragioni, allora l' estendere una decisione da un caso ad altro opposto non deciso, può così poco ragionevolmente dirsi analogia, come poco sennatamente direbbesi tale l'interpetrazione restrittiva. Con ciò non s'intende mica negare l'esistenza di quella maniera di decidere, ma solo si afferma che per essa una speciale denominazione ed acconcia è ancora da ritrovare: essa al certo può bene esistere, senza che s'abbia a chiamare necessariamente analogia. È così che può ammettersi il concetto del Nettelbladt, accolto dalla più gran parte degli antichi giuristi.

L'analogia, dice lo Gellio (1), *est similium similis declinatio; quam quidam latine proportionem vocant.* Anche più precisa è la seguente definizione del Varrone: *veritas et ratio quae a similitudine oritur.* Siccome ancora Quintiliano insegna con queste parole (2): *consuetudo certissima loquendi magistra, utendumque plane sermone, ut nummo, cui publica forma est. Omnia tamen haec exigunt acre judicium, in analogia praecipue, quam proxime ex graeco*

(1) Noct. Att. Lib. II, Cap. 25.
(2) Inst. orat. L. I, C. 6.

transferentes in latinum proportionem vocaverunt. Eius haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.

Meglio di così non può dimostrarsi che s'abbia a chiamare analogia solamente lo argomentare da un caso ad un altro, per eguaglianza di ragioni, cioè l'interpetrazione estensiva. Che se si argomenti dall' un caso ad un altro contrario non risoluto, cioè si sostenga che una ragione opposta debba produrre opposte determinazioni, ed anche questo modo d'argomentare costituisce un' altra particolare specie dell' interpetrazione estensiva, la quale a buon diritto può ammettersi. Nel compilare, difatti, un codice sapientemente, ben conviene prevedere quelle conseguenze, che per avventura si dedurranno dai suoi precetti, non solo per ragioni d'analogia, ma mediante ogni altra maniera d'argomentare. E certamente va annoverata fra le specie dell' interpetrazione logica estensiva, qualsivoglia comprensione ed efficacia maggiore, che vien data ad una legge, argomentando dalla ragione di essa, o dal fine, che il legislatore ebbe di mira: nè riguardo a quella nuova specie v' ha alcuna cosa particolare ad esser notata, applicandosi ad essa tutte le regole,

che relativamente alla estensiva interpetrazione furono svolte. È d' uopo soltanto porre mente alla differenza, che è fra cotesta specie, la quale io pur chiamerò *decisio secundum argumentum legis*, e l' interpetrazione restrittiva; la quale differenza consiste propriamente in ciò: che quest'ultima presuppone un caso davvero risoluto da una legge, ma derogando ad alcun' altra, e la prima invece ha luogo allorchè viene, per argomento *a contrario*, adottata su d' un qualche fatto, quella decisione medesima, che fu dal legislatore ammessa per altro caso. In quella cioè vien rimossa una risoluzione legislativa; nell' altra invece, una ragione legale è come spostata, ed è applicata insieme a tutti i suoi effetti, in senso contrario.

Quanto al concetto del Glück, io credo che in nessun modo possa accogliersi. E veramente l' interpetrazione logica non deduce soltanto, e sempre, i suoi risultamenti dalla fondamentale ragione d' una legge, e non può dirsi interpetrare per analogia l'estendere una legge a taluni casi, o il restringerla per taluni altri, i quali furono davvero presenti al pensiero del legislatore. Ed ei non è ragionevole considerare i risultamenti della interpetrazione ristrettiva, quale conseguen-

Digitized by Google

za dell'argomentare analogico. Imperocchè, innanzi tutto, e più sopra è dimostrato, la *interpetratio restringens* per *deficientem rationem* è un assurdo; se difatti una legge viene applicata limitatamente, il motivo vero di ciò sta in ben altro che nel difetto di ragione; nè sono da accogliere gli argomenti che da questo vorrebbonsi dedurre. Inoltre tutti convengono nella sentenza, che quel fatto il quale vuolsi decidere per analogia, non s'abbia a trovar risoluto da alcuna legge. Or, limitandosi un precetto giuridico, si rimuove, egli è vero, una decisione legale, col non farne conto in una data ipotesi, ma non certo si decide un caso omesso: non ha luogo cioè alcuna *decisio secundum argumentum legis* a tenore del concetto di questa, quale innanzi fu esposto. Così ancora, dalla biblioteca del diritto di Klüber, della quale anche Glück molto si è giovato, io rilevo, che Geisler non abbia inteso quel concetto con precisione. E per verità, nel § 6, egli enuncia il principio che l'analogia per identità di casi supponga il difetto d'una legge, e che l'altra specie di essa, ne supponga l'esistenza (1). Ma nel § 3, è da lui arrecato, a

(1) Geisler chiama questa seconda specie, un argomentare da casi opposti. Si scorge di leggieri, che

spiega di questa seconda specie, un esempio relativo ad un mero argomentare *a simili et minori ad maius*, soltanto espresso d'una maniera negativa (1), e per rispetto ad un fatto non deciso da alcuna legge. Intesa l' interpetrazione restrittiva nel suo vero significato, basterà ragionare conseguentemente, e si comprenderà che questa non possa coll'analogia aver niente di comune.

Le incertezze intorno al concetto dell'analogia crescono a mille doppii, allorchè voglia determinarsi la natura vera di essa; tutti infatti ripetono, che argomentare analogicamente sia argomentare da un caso ad un altro simile; ma ciò non basta, ed ei fa d'uopo ancora esaminare le condizioni, alle quali quella specie di ragionamenti vada assoggettata. Regna su ciò il silenzio più profondo. Nettelbladt, il quale nelle sue dissertazioni al proposito, enuncia con molto sus-

tali voci sono da lui adoperate in un significato ben diverso da quello che dinanzi ho esposto.

(1) I principi di Franconia affin d'ottenere il diritto del voto contrastato loro dall'imperatore nel Congresso per la pace, così ragionarono: se i principi dell'impero, e gli stati, non altrimenti che i dominii imperiali erano da reputare *inferioris conditionis* rispetto ad essi, ne veniva di conseguenza che quelli erano anche meno degni del voto anzidetto.

Digitized by Google

siego ed apparato, il meraviglioso assioma, che sievi non solo un'analogia *juris civilis*, ma ancora un'altra *juris publici et canonici*, e financo un'analogia *legitimæ hominum dispositionis*, non ha creduto portare il pregio d'occuparsi di quelle condizioni, ed ha amato meglio sciorinare una serie aridissima di premesse, e di conseguenze, di cui non è possibile intrattenersi senza una tal quale ripugnanza. E quei pubblicisti, dai quali si aveva bene il diritto d'attendere alcun che di meglio, credono aver fatto abbastanza con l'enunciare una o due principali considerazioni su tutta quanta la materia in esame. Fra queste, più consueta, e meno vaga è quella di non potersi usare dell'analogia, se per avventura vi sia differenza di persone e di casi; che cioè essa presupponga simiglianza di fatti, e così di seguito. Ma, è stato detto di sopra ampiamente, che possa conchiudersi da un caso all'altro, solo quando si riscontrino in entrambi le ragioni medesime; imperciocchè ogni estensione ha luogo per identità di ragioni, e non per simiglianza di casi, come con poca precisione suol dirsi. Ed invero la somiglianza dei fatti nella medesimezza delle ragioni propriamente consiste, ed è però assai meglio da quest'ultima prendere le mosse. Se così è, in che modo la dif-

ferenza delle persone offende ella mai l'uguaglianza delle ragioni? Ciò non si comprende, ed anche meno si scorge perchè coloro i quali usano dell'analogia, ragionino sempre per eguaglianza di fatti, e non s'occupino principalmente a considerar quella dei motivi. A mo' d'esempio, come per i principii generali è egli lecito da talune decisioni relative alla vendita, alla permuta, ed alla locazione, dedurre d'improvviso una completa teoria, che servir debbe a governare gli oggetti tutti del diritto? Io domando ancora una volta: quali sono i principii universali che questo consentono? Dove finalmente troverà l'analogia i suoi confini, se è dato il conchiudere, e con tanta leggerezza, da casi a casi? Ed in tal modo intesa, è essa forse in armonia con lo spirito d'alcuna legislazione?

In questa parte generale mi limito a rispondere, che per le non dubbie prescrizioni legislative innanzi citate, l'analogia coincida interamente con quell'interpetrazione logica, la quale attinge i suoi argomenti nell'eguaglianza delle ragioni fondamentali. Solo per quel che s'attiene allo spirito del Diritto Romano, il contenuto dell'analogia è alquanto più esteso; e solo in quel diritto è a ricercare un mezzo, che valga a render

più chiari, più intelligibili, e più esatti, gli oscuri, ed ambigui concetti, che di essa si hanno generalmente.

TERZA SUDDIVISIONE.

De' rapporti che sono fra le diverse specie d' interpetrazioni.

§ 29.

Devono ora le diverse specie d' interpetrazioni, essere studiate negli scambievoli loro rapporti. Fra tali specie la grammaticale, e la logica sono le più importanti; e quest'ultima nuovamente suddividesi, in quella conforme alla fondamentale ragione della legge, ed in quella, che muove dallo scopo del legislatore; il quale scopo può essere o veramente conosciuto, o supposto ne' legittimi modi (§ 14, e 15). Circa i rapporti che sono fra queste diverse specie, conviensi le seguenti regole considerare:

I. Deve il giurista, prima d'ogni altra cosa attenersi alla lettera della legge, ed ei può solamente aver ricorso all' interpetrazione logica, qualora si rinvengano i requisiti tutti a ciò necessarî (1). Che se que-

(1) L. 1, § 20, *de exerc. act.*

sti esistono, ed in tal caso i risultamenti consoni allo spirito d'una legge devono sempre accogliersi a preferenza di quelli, che dalla lettera di essa derivano (1).

II. Se lo scopo speciale, e noto del legislatore contrasti con quello, che pure si sarebbe potuto in lui supporre, vuolsi il primo preferire, perocchè ciò che veramente è, sia sempre da anteporre a quello che può presumersi solo ne' casi dubbii. Per la qual cosa, quantunque occorra interpetrare in modo limitato quei precetti, che abbiano di mira l'utile di qualcuno, ove, facendo diversamente, potrebbero invece nuocergli; nè sieno le leggi da applicare, se ledano un diritto acquisito, pure dovrà essere il contrario in quei casi, ne' quali è chiaro che il legislatore volle che fosse altrimenti.

III. Qualora l'interpetrazione consona alla ragione d' una legge si diparta da quella, che prende sua norma dallo scopo del legislatore, dee la prima, quando sia ammissibile, essere anteposta. Ed al certo l'interpetrazione estensiva in conformità dello scopo del legislatore, della quale solamente ora può esser parola (2), fondasi, come già

(1) L. 17, 18, e 29, *de* LL.

(2) Imperocchè l'interpetrazione dichiarativa è una cosa medesima con quella conforme allo scopo del

s' è visto (§ 20) su d' una pretta congettura; sulla possibilità cioè che quegli, nel promulgare una legge, abbia pensato l' oggetto di essa in modo non completo, così da dovere il giurista, mercè la sua esperienza, correggere quasi la maniera di vedere di lui troppo limitato.

legislatore (§ 27); e l' abolitiva dedotta dall' essere venuta meno la ragione originaria, non è mai da ammettere (§§ 22, e 23).

Digitized by Google

PARTE SECONDA

DELL'INTERPETRAZIONE LOGICA DEL DIRITTO ROMANO IN PARTICOLARE.

§ 30.

Come questa seconda parte contenga soltanto osservazioni fra loro indipendenti.

Sono nel diritto Romano talune specialità tutte sue proprie, per le quali distinguesi quanto a' principii d'ermeneutica, benchè per moltissimi rispetti le generali regole d' interpetrazione debbansi anche ad esso applicare. E tali specialità, che per non rinvenirsi in tutti i casi, possono essere esposte soltanto in una serie d'osservazioni l'una indipendente dall'altra, formeranno l'oggetto di questa parte seconda.

§ 31.

Dell'estendere un precetto ad ogni caso eguale.

Quelle massime che sono nel Codice, non si hanno a riguardar sempre come vere leggi, o decisioni per tutti i casi eguali: invero se molti Rescritti, e Decreti al comune diritto

Digitized by Google

si riferiscono, molti altri ve n'ha, i quali racchiudono taluna eccezione al medesimo, in prò di coloro, cui essi erano relativi. E quel Rescritto, il quale ad una sola persona ha rapporto, deve, in virtù del significato suo letterale, servir di regola soltanto per tale persona, e per quel caso. D'altra parte è chiaro, che tutti gli altri Rescritti, e Decreti che sono nel Codice, non s'abbiano a reputare siccome leggi solamente per i casi in essi esaminati; e che invece, per lo spirito informatore del Codice medesimo, vadano quelle prescrizioni osservate anche per gli altri fatti del tutto simili. Ad esempio, se per alcun Rescritto, ed in determinate circostanze, fu riconosciuto a qualcuno il diritto ad una restituzione, bene ogni altro ha quel diritto anch'egli, qualora quelle medesime circostanze s'incontrino. Di che procede una maniera d'interpetrazione estensiva propria del diritto romano, e del canonico, per la quale argomentasi da un caso ad altro simile affatto; e la specialità sua consiste nel poterla adoperare, sol che si rinvenga in un'unica ipotesi particolare, la ragione della maniera di decidere che viene estesa. Ma è di per se chiaro che la decisione da estendere debba potersi opportunamente applicare al caso novello. Così, se nelle Pandette

è citato alcun Decreto o Rescritto relativo in origine ad un fatto solo, e che è accolto dal giureconsulto il quale ne fa menzione, a torto si contrasterebbe l'applicarlo estensivamente; chè per verità non volle Giustiniano nelle Pandette essere storico, ma sì legislatore. Per tal rispetto è degnissima di esame la L. 5. *Si quis a par. manumissus*, da cui i più con ragione argomentano, che possa ciascun padre, il quale tratti con crudeltà i suoi figli, essere astretto ad emanciparli. Non pertanto professa Schelting una diversa opinione (1). « La medesima L. 5, citata, egli dice, dimostra come la regola generale sia falsa: *etenim quod ibi statuitur, cum speciale contineat privilegium, ad exemplum trahendum non est* ». Ma di quali manifesti errori questa dottrina non è cagione! Perciocchè se così fosse, ed a che quella legge sarebbe nelle Pandette? Colpito Schelting dalla efficacia di questa domanda, vacillò nella sua teoria, ed aggiunse: *nisi quis dicere malit, Justinianum all.* L. *ult. eam in ff. referendo, vim juris generalis tribuisse, quo sensu non admodum refragabimur.* Altri esempii di ciò offrono le LL. 33, *de re judicata*, 38 *de*

(1) Diss. *de emancipatione.* Parte prima, Cap. 5 § 6.

minor. e la L. 74, § I, *ad SCt. Trebellianum* (1).

§ 32.

I principii generali come si ottengano.

Parlando assolutamente, egli è del tutto erroneo il considerare la compilazione di Giustiniano siccome ogni altro codice; e ciò io dico non de'molti noti frammenti, nei quali quasi non è alcuna giuridica determinazione, ma sì delle intere Pandette, e del Codice tutto quanto. La parte maggiore di quello che ivi è raccolto non comprende verun sistema di generali principii giuridici, ma invece una serie di decisioni conformi a questi principii stessi, nelle quali assai raramente è espressa la regola fondamentale, da cui trassero origine. A buon diritto, e molto acconciamente Schlosser così s'esprime: « soltanto « da chi non è versato nella scienza del di- « ritto suol farsi ai giuristi amaramente il « rimprovero, che il più delle volte, negli « scritti loro, e nei loro pronunziati, le ci-

(1) Riscontra Müller *Obs. ad* Leyser. Parte quinta. Obs. 765.

Vedi inoltre il mio scritto sulla prescrizione § 68, e Ghük *Comment.* L. 3° § 269.

« tazioni degli autori, e quelle delle leggi,
« sieno nella proporzione del dieci all'uno.
« Pure tal rimprovero, a voler esser giusti,
« non è meritato. Si esamini infatti il *Cor-*
« *pus juris*, e si scorgerà incontanente, che
« in esso v'ha appena una legge per ogni
« cento citazioni, e che se alcuno voglia stu-
« diare un qualche luogo del Diritto Roma-
« no, ei bisogna che innanzi tutto s'adoperi
« a scovrire la legge che l'informa (1) ». Fu questa una conseguenza del disegno concepito da Giustiniano. Difatti, era proposto qual norma ai giudici uno smisurato numero di regole giuridiche da nessuna legge espresse; ed il ridurle a poche massime fondamentali non poteva esser l'opera nè più adatta, nè più gradita ai romani giureconsulti, il merito grandissimo dei quali consiste principalmente nella lucidezza delle idee, nel retto argomentare, e nel saper correre ogni benchè minima distinzione. Però in parecchie materie non poteva Giustiniano esporre alcun principio, non rinvenendolo in quegli scritti, dei quali egli faceva suo pro, esaminati inoltre, così com'erano, in gran fretta, e con poca accuratezza.

(1) Proposta, e Saggio d'un miglioramento del diritto civile tedesco, pag. 20.

Digitized by Google

Si consideri al proposito quello che tanto efficacemente, e largamente è detto nel trattar dell'errore, della frode, degl'interessi, dell'interpetrazione dei contratti, e dei testamenti, del concorso dei creditori, e di altri istituti, e si sarà convinti, che appena pochissima parte delle regole, le quali leggonsi nei nostri compendii su quegli argomenti, valga a costituire nel Diritto Romano dei principii fondamentali. I nostri sistemi adunque non sono nella più gran parte che prette conseguenze dedotte dalle decisioni concrete e delle Pandette, e del Codice.

Debbe l'interpetre di quel diritto, nell'esaminare le decisioni isolate, adoperarsi primieramente a discernere quei principii, ai quali i romani giureconsulti intesero conformarle, per così poi, invertendo l'ordine, ricomporre il tutto. È questa una specialità tutta propria del diritto di Roma, comune a verun altro codice; e tanto più fa d'uopo tenerne conto, in quanto sia frequente cagione di deplorevoli errori il riguardare ogni altra raccolta di leggi, non altrimenti da quella legislazione.

Che se fossero nelle Pandette, e nel Codice decisi tutti i possibili casi più importanti; per un esempio: se l'influenza dell' errore e della frode fosse esaminata relativamente a

tutti i contratti, ed allora, riunendo le sparse parti, comparando, togliendo via i particolari accessorii, sarebbe stato possibile astrarre nel vero loro significato quei principii, ai quali i romani conformavano le loro decisioni. Ma sovente non v' ha che pochi casi decisi, così, che rimanendo paghi alla sola astrazione, non s' otterrebbe che una regola assai limitata, sterile, e fors' anche falsa. E veramente, essendo stata determinata l'influenza dell'errore soltanto nelle decisioni relative alla vendita, alla società, ed a taluni patti, non si può in alcuna guisa dedurre da esse un principio generale per ogni specie di contratti, mercè l'astrazione, la quale nel prescindere dai particolari dei casi decisi propriamente consiste. Vuolsi adunque qualsivoglia importante regola fondamentale ricercare per virtù di ragionamenti. Ed a tale uopo due vie si offrono all'interpetre, potendo egli, o scovrire nel Diritto Romano medesimo le tracce atte a guidarlo all' applicazione estensiva di un principio astratto; ovvero, potendo scorgere, per virtù propria della sua mente, e considerata la natura delle cose, le regole relative ad un qualche oggetto, e queste poi confermare, vagliandole con la scorta delle decisioni quà e là sparse, ed isolate.

Questo secondo metodo è per lo studio del diritto di Roma utilissimo, ed è noto abbastanza che coloro maggiormente concorrono all'intelligenza di esso, i quali sieno dotati di più gran forza di pensare per virtù propria (*selbstdenkende Kraft*). Fra i moderni è a reputare in ciò maestro il Weber, il cui Trattato dell'obbligazione naturale, così logico, e tanto completo, sarebbesi atteso invano da qualcuno di quei giuristi detti *eleganti*. Di vero solo pochissimi principii generali ha egli dedotti dal Diritto Romano; del quale nondimeno ha spiegato gran numero di decisioni incomplete, assicurando, per mezzo di esse, quei principii medesimi da qualunque obbiezione. Nè già son poche le materie, di che può ragionarsi a seconda della natura delle cose, alla quale i giureconsulti e gl'imperatori conformarono sovente le loro decisioni; ed anche oggi nulla vieta al giudice di eleggere a guida la propria ragione, ogni volta che non lo leghi alcun precetto del diritto positivo. Però è chiaro come il metodo, di che è parola, sia anche in pratica d'una utilità manifesta. Bene è vero che un debole intelletto può di esso abusare, ma non per questo si dovrà vietarlo, se pur non vogliasi che l'uffizio di giudice diventi impossibile.

Digitized by Google

Assai degno d'esame al proposito è ciò che suol ritenersi quanto all'influenza dell'errore in una transazione. Le leggi a tale uopo, sol che si leggano, appaiono in contraddizione fra loro; e le prove tentate da molti per conciliarle, menarono a risultamenti vani quasi tutti, e di nessuna importanza. Ma ove si pensi essere la transazione di sua natura un contratto, in cui dalle parti si suppone sempre alcuna cosa d'incerto, s'intenderà agevolmente, che quell'errore, il quale riguardi ciò che è incerto, non possa mai esser cagione di nullità. Studiati al lume di questi criteri i frammenti del Dritto di Roma, sarà manifesto, come il Götz assai bene ha dimostrato (1), che anche i romani accoglievano l'esposta dottrina, rimanendo così dileguata con assai facilità ogni apparente contraddizione. Non è gran tempo, ed io chiesi ad un uomo di molto senno, ma non perito nella scienza del diritto, se l'errore intorno ad una qualità essenziale, che annulla ogni contratto, rendesse ancora nulla una transazione; ed egli, dopo breve considerare, rispose in cotal guisa, da essere quasi interamente d'accordo co' romani giu-

(1) *Comment. de errore in transact. recte aestimando.* Norimberga 1797.

reconsulti. Ciò, si dirà, avvenne per mero accidente, e sia pur così, ma certo potrà tal fatto assai più spesso verificarsi per coloro che abbiano l' intelletto sano, e non guasto da pregiudizii, che per quelli, i quali si tengano contenti ad inaridire la mente loro intorno allo studio del diritto positivo soltanto, senza illuminarla e ritemprarla con filosofiche discipline. Certo, ogni altra condizione eguale, sarà sempre interpetre migliore del Diritto Romano colui che meglio ragioni per propria iniziativa, e virtù.

Ma con questo non intendo dire che ogni personale criterio, il quale debba precedere l'interpetrazione sia necessariamente da rintracciare *a priori*, solo son di parere, che torni moltissime volte assai utile al giurista seguire la propria maniera d'intendere, ed aiutato da questa, astrarre, per dir così, i principii universali. Si scelga, e si tenti decidere, senza concetti prestabiliti, un gran numero di casi svariati, ed accadrà che quasi sempre l' intelletto sarà per accogliere le massime già pria suggerite dal buon senso; molte cose scovrendo, a conoscer le quali giammai sarebbe pervenuto per via di ragionamento.

Ma si comprende che questa specie d'interpetrazione è solo sussidiaria, e che l' inter-

petre del Diritto Romano deve principalmente adoperarsi a scovrire in esso quegli indizii, i quali possono manodurlo alla conoscenza de' principii fondamentali da'giureconsulti professati, e dagl'imperatori. Per esempio: due leggi prescrivono che possa il minore, senza l'assistenza del curatore, contrarre validi sponsali, ed obbligarsi mediante stipulazione; eppure altrove sta detto, che sia di nessun valore quel contratto col quale un minore abbia da solo alcuna cosa venduto. E se si volesse a tal proposito aver ricorso alla sola astrazione, si giungerebbe ad una regola molto strana; ma se invece si metta a raffronto con quei precetti il noto principio: *curator bonis datur*, risulterà affatto dimostrata la teoria esposta da Weber (1), ed oggi accolta da tutti. Egli è così che alla mente di colui, il quale conosca il diritto di Roma in ciascuna sua parte, e che sia in condizione di discernere la certezza fra molte verosimiglianze, i concetti s'offriranno assai più chiari e più lucidi, che non al pensiero di chi abbia pure acuto l'intelletto, ma non sia nella scienza abbastanza versato. Laonde saranno sempre assai utili gli scritti anche degli antichi giuristi,

(1) Obbligazione naturale § 72.

Digitized by Google

che danno ed agio, e modo a raccogliere le notizie del diritto più minute, e più complete; le quali generalmente nelle mediocri opere antiche pur si rinvengono.

Le fatte osservazioni, io credo, valer possono a spiegare ed emendare quei falsi concetti i quali intorno all'analogia sonosi insinuati. Generalmente a'nostri giorni in Diritto Romano si argomenta da casi a casi, e si accettano, come massime universali, quelle che ne'casi isolati non sono espresse in modo completo. Ma per chi ben mediti al riguardo, e spassionatamente, ciò vale estendere un pronunziato soltanto per una tal quale simiglianza di fatti, senza pur curare le ragioni di esso. Se un sennato interpetre s'adoperi ad esporre alcun principio, a scovrire il quale sia pervenuto mediante un ragionamento, certo renderà egli palesi ancora le ragioni, che lo guidarono, curando che diventino anche per gli altri intelligibili. Così e non altrimenti ciascun lodevole scrittore applicherà una singola decisione ad altro caso non risoluto, solamente quando gli sarà possibile dedurre dall'esame di essa le ragioni che le diedero origine; ovvero, quando queste s'appresentino di per se tali, da autorizzare

più d'una maniera di decidere (1). Ma il più gran numero quasi mai si cura, o dà pensiero del metodo serbato nel compilare i sistemi commendevoli del Diritto Romano; nè reputa importante altro che le leggi, dalle quali i principii appaiono astratti. Egli è per questo che comunemente mercè l'analogia solo si argomenta da caso a caso, sen-

(1) Ciò è confermato dal Müller. Osserv. all'opera di Leyser. Osserv. 367, e 372, e dal Voet. Comment. Tit. *de donat.* § 28. Quest'ultimo, nel luogo citato, dimostra molto fondatamente, che non possa estendersi ad ogni specie di donazioni la L. 8 C. *de revocand. donat.* e questo solamente perchè potette influire alla promulgazione di essa quel rapporto, che è tutto proprio del *patrono* verso il *liberto*. E nulla prova ciò che vien detto in contrario da Köchy nelle sue Meditazioni. Prima raccolta, n.° 29. « S'esamini, egli dice, non la parola soltanto, ma ancora, e principalmente, la ragione della legge ottava, e sarà impossibile dubitare più oltre dell'applicabilità di essa a qualsivoglia donazione. Il motivo fondamentale di quella legge è certamente l'amore che nutre un padre verso de' figli, epperò bene è a ritenere che una donazione fu da lui fatta ad un estraneo, nella credenza che in avvenire esso donante non avrebbe avuta alcuna prole. « E perciocchè questa ragione ha vigore per tutti i padri, a buon diritto quella legge a tutte le donazioni vuolsi estendere ». Ma, son poi queste le *rationes manifestae*, se di esse nella citata legge neppure è cenno? Ed è ragionevole il prender le mosse da una petizione di principio, quando altri quel principio medesimo non riconoscono?

za pur prender cura di altro, applicando tal metodo ad ogni legislazione, con quella facilità medesima, che per il Diritto Romano è solo possibile, conciosiacchè una regola di una legislazione, che più non è, spesso s'appalesa anche per lievi indizii, e può ancora essere dedotta dall'accordare insieme deboli vestigia.

Io ben desidero che sieno finalmente assoggettati una buona volta a severa critica quei casi d'interpetrazione analogica, che si rinvengono negli scritti di diritto politico, e statutario. Il qual lavoro, a mio giudizio, sarebbe per essere assai istruttivo ed interessante, e mostrerebbe sovente a quali arbitrarie decisioni conduca il supporre in ogni altra legislazione lo spirito medesimo di quella di Roma. E quanta differenza essenziale sia a tal proposito fra le nostre leggi e le romane si vedrebbe anche più agevolmente, se il diritto nostro politico fosse più certo, e più completo quello degli statuti.

§ 33.

Rationes decidendi, e verba enunciativa.

Dall'avere i giuristi, secondo già è stato detto, deciso il più delle volte soltanto casi

concreti, siccome quasi generalmente fecero anche gl' imperatori co' Rescritti e Decreti, procede :

I. Che, meno per le leggi edittali, quasi sempre le ragioni d'una decisione vogliansi in Dritto Romano, e nel dubbio, reputare non quali *rationes legis* , ma quali *rationes decidendi*. La quale distinzione, è stato innanzi dimostrato per parecchi esempii, quanto sia importante.

II. Che tutti gl'indizii concreti sieno a considerarsi come meramente accidentali, e di nessun rilievo *(verba enunciativa)*, qualora si riconosca attraverso di essi l'esistenza di uno scopo d'interesse generale.

E per vero, in tale ipotesi, di tutto ciò che è concreto vien fatta menzione, soltanto perchè accidentalmente si verifica nel caso esaminato, ma non sussiste in esso la ragione del decidere, bensì in una regola giuridica universale, che comprende insieme e quello, e molti altri casi. Così convien dire che il *socius omnium bonorum* deve sopportar la sua parte anche de' debiti già esistenti prima ch'egli tale divenisse; malgrado che la L. 27 *pro socio* faccia parola solamente di quelli contratti durante la società; ma il giureconsulto decideva del solo caso a lui proposto, senza pronunziarsi su tutti gli altri.

Digitized by Google

All'uopo è bene rammentare la regola generale, che il *socius omnium bonorum* possa prendere dalla massa tutto che sia a lui necessario; e certo il pagamento de' debiti è il principale bisogno d'un onestuomo (1). È a ritener similmente nullo quel contratto, che sia conchiuso per violenza usata da un terzo verso una delle parti, quantunque l'altra tale violenza non conoscesse; imperocchè ciò consegue da' principii generali (2); e le parole « *eo sciente* » che sono nella L. 5, C. non importano che si debba decidere altrimenti. In verità nel fatto esaminato, e del quale, secondo la consuetudine, è la narrazione nel Rescritto, il venditore conosceva la violenza usata dal terzo; ma nulla è detto, perchè in tale scienza s'abbia necessariamente a scorgere il motivo di quella decisione (3).

Peraltro è chiaro che non possano riconoscersi *verba enunciativa* se non quando s'abbia la certezza, che gli elementi concreti sieno accennati come prette accidentalità del fatto da decidere, senza che abbiano influenza alcuna sul giudizio intorno al medesimo. Mancando siffatta certezza, di ciascuno di

(1) Sistema delle Pandette, II Ediz. § 332.
(2) L. 14 § 3, *quod metus caussa.*
(3) Vedi la mia opera citata § 152, nota 5.

quegli elementi deve tenersi conto, potendosi in tal dubbio far ricorso all'interpretazione grammaticale solamente. Un esempio di ciò è stato innanzi arrecato (1).

Neppure di *verba enunciativa* è a far parola quando volle il legislatore promulgare un precetto generale, *(lex edictalis)*, essendosi egli allora proposto di stabilire una regola, e non di decidere una disputa speciale. Per siffatta ragione va reputata giusta l'opinione di coloro, i quali in virtù delle LL. I, C. *de jure emphiteuseos*, e II C. *qui potiores in pignore*, richieggono una scrittura per la validità del contratto enfiteutico, e di costituzione d' un diritto di pegno pubblico; e quest' ultimo diritto pongono nel grado istesso de'pegni convenzionali (2).

§ 34.

Delle ragioni false.

Talune volte i giureconsulti romani adducono in sostegno de'loro responsi ragioni false, vane, o non opportune (3); quantun-

(1) Riscontra quel che è stato detto nell'ultima nota del § 32, intorno alla L. 8. C. *de revocand. donat.*

(2) Vedi la mia opera citata § 633, e 639.

(3) Ad Esempio la L. 27, pr. *de hered. pet. Ancillarum partus fructus non existimantur, quia non temere ancil-*

que il numero di esse non sia poi così grande come da qualcuno si pensa (1). Ed è noto che Giustiniano attese meno a'ragionamenti dei giuristi, più a' loro precetti. Ma s'egli è certo che non si possa dedurre conseguenza alcuna da que'motivi d'una risoluzione giuridica, i quali, o per la natura delle cose, o per altre leggi, appariscono falsi; è vero altresì che debbe, malgrado ciò, quella risoluzione seguitare ad aver suo vigore. Nessuno infatti potrà negare che spesso una massima vera è dedotta da un falso motivo: oltre a che, è risaputo, che non si possa, per difetto di ragioni, non osservare una legge, o limitarla.

lae ejus rei causa comparantur. L. 3, *de offic. procurator. Caesar. Curatores Caesaris jus deportandi non habent, quia hujus poenae constituendae jus non habent.* P. S. de Fremery, *de rationibus veterum SCtorum.* Lugd. 1801, cap. 1, § 2.

(1) Principalmente dal Fornerio, *rer. quot.* Lib. III, c. 23, dal Mattei, Disp. n. 10, e dal Rumpetio Diss. *de legum rat. quae in ipsis legibus minus accurate exhib.* Difendono invece i giureconsulti romani da molti rimproveri l'Honchio § 13, not. 2, cap. 2, e 3, l'Echard Herm. § 33, ed il Fremery l. c. cap. 3.

Digitized by Google

§ 35.

Delle ragioni confermative.

Quanto all'interpetrazione estensiva delle leggi romane è d'uopo considerare, che non ogni ragione addotta da' giureconsulti affin di giustificare alcun pronunciato, sia a ritenere per un vero motivo di decidere; tutti ne' nostri ragionari invochiamo ogni giorno parecchi argomenti accessorii, e come confermativi, oltre quello sul quale il nostro parere veramente riposa. Ciò per appunto erano usi a fare i romani giureconsulti ogni volta che dovevano non spiegare alcuna teoria giuridica, ma difendere un loro responso da qualunque obbiezione. E quante cose non si aggiungono a maggior conferma d' un principio già vero di per se medesimo? Avrebbe dovuto Giustiniano rimaneggiar tutto, se fosse stato suo divisamento di toglier via ogni speciale circostanza di fatto, e ridurre a legge motivata qualunque opinione che muovesse da ragioni giuridiche. Quei frammenti adunque che sono nelle Pandette, evidentemente vanno considerati secondo lo spirito informatore di essi sin dalle origini, e non come leggi nel senso stretto; non po-

tendosi per queste ammettere ragioni accessorie, e relative soltanto ad ipotesi speciali.

L'utilità di questa osservazione non può esser dimostrata meglio che dall'esempio seguente: nella L. 46, § 6, *de administr. et per tutor.* narra Paolo di un minore, cui erano stati dati per testamento due tutori; morto uno de' quali, e scelto dal magistrato altri in sua vece, costui fu dal tutore testamentario superstite, accusato come infedele. Ma il *tutor dativus* non era solvibile; ed in siffatta condizione di cose, poteva, e quando, riconoscersi nel minore, un diritto di regresso contro il contutore dato per testamento? A ciò così risponde quel giureconsulto: *tutorem testamento datum pro ea parte conveniri oportere, pro qua administravit; pro contutoris autem portione prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt, vel magistratus, qui eum dederunt; tunc si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quaerendum, an suspectum facere debuerit, praesertim quum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem, quum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussati fuerint: in proposito non est vi-*

sum prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est; perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent. — Da questo frammento Voet (1), per argomento *a contrario*, deduce il principio, che, trattandosi di tutela divisa, debb' essere tenuto a rispondere prima del magistrato il tutore, se per negligenza non abbia denunziato il suo contutore; dopo, se veruna negligenza gli si possa rimproverare. Ma cotesta dottrina è in aperta antitesi coi precetti in altri luoghi annunciati (2), e per i quali, nel caso in esame, il tutore, in generale, doveva allora solamente rispondere, quando per avventura gli si fosse potuto imputare a nenegligenza l' avere omessa l' accusa. Ed avrebbe dovuto il Voet essere anche più cauto, perchè quel frammento racchiude un parere, i motivi del quale non hanno valore alcuno, per l'esistenza di altre decisioni non ambigue, e contrarie. Credette Paolo che per circostanze non ordinarie, e per ragioni gravissime, potesse il tutore esser tenuto a rispondere prima del magistrato. Ma essendo regola generale, che nel caso di tutela

(1) Comm. L. 27 T. 8 § 6.

(2) L. I, § 15 *de tutel. et rat. distr. act.* L. 2, C. *de divid. tutel.*

divisa, dovesse invece quest' ultimo esser tenuto innanzi ogni altro, incominciò il giureconsulto dal rammentare tale massima, e solo accidentalmente esaminò il caso, nel quale anche il tutore non fosse immune da colpa. Quest' ultima circostanza persuase Paolo, nè, senza l'ingiustizia più flagrante, potevasi adottare una opinione diversa. Certo in un' opera affatto teoretica sarebbesi dovuto biasimare quel ragionamento ; ma quando trattasi di venire in aiuto di qualcuno perchè possa rivendicare i suoi diritti, o di rendere più difficili gli errori dei giudicanti, la cosa muta d'aspetto interamente.

Ancora, per queste ragioni medesime, e per altre più convincenti si pensa a buon diritto da moltissimi, che senza previo e ponderato esame, non si possano le ragioni ingeneranti dubbii nelle menti dei giureconsulti ritenere quali efficaci argomenti per decidere, sempre che i motivi del dubbio non si rinvengono. Ed al certo, spesso basta un argomento solo, valido, e fondamentale per confutare un principio falso per più rispetti; e si giungerebbe ad accogliere le opinioni più erronee, se si dovesse accettare qualunque teoria, solo perchè molte delle ragioni invocate a combatterla fossero men che vere, o non opportune.

§ 36.

Dell' interpetrazione conforme a' rapporti più moderni.

Quei frammenti, i quali sono nelle Pandette, e nel Codice, e che non derivino da Giustiniano medesimo, debbono oggi intendersi non più nel loro significato originario, bensì a seconda di quello che le parole usate ad esprimerli avevano all' epoca delle anzidette compilazioni, e conformemente ai rapporti giuridici di quel tempo. La natura delle cose, ed il precetto assai chiaro, e preciso di Giustiniano (1) non consentono che pur si dubiti della verità di questa regola.

Di che segue, che ciascun frammento sia da intendere in maniera analoga allo spirito, ed al contenuto del Titolo nel quale è compreso, malgrado esso abbia avuto altra volta ben diverso significato. Così la L. 8. *de servitut.* va intesa delle sole servitù reali, quantunque la medesima voce *servitus* dinoti eziandio le personali; conciosiachè nel Titolo delle servitù è parola solamente delle prime (2). Per la ragione medesima s' ha

(1) Const. *de concept.* D. § 7. *Const. de nov. cod. fac.* § 2.
(2) V. i miei Saggi Lib. I, pag. 26, a 28.

Digitized by Google

da riguardare come massima generale di diritto la famosa L. 18. *de poenis–cogitationis poenam nemo patitur*, cui taluni a torto, e per cagione della sua iscrizione (1), restringono al solo fatto esaminato nella L. 1 *quod quisque juris*. Di vero all' anzidetta massima non è lecito fare alcuna eccezione, che Giustiniano medesimo non abbia voluta (2). Lo stesso, io penso, della L. 48 *de* R. J. oggetto di tante controversie, e l'applicazione della quale alcuni vorrebbero limitare al solo divorzio (3). Infatti, quand'anche tale fosse stato in origine il pensiero del giureconsulto, pure il luogo che ora occupa quel frammento, non permette che lo s'intenda a quel modo. Volle Giustiniano ch' esso facesse parte d'una raccolta di regole giuridiche e generali, ed una di cotali regole esprimono, senza dubbio, le sue parole.

In quel frammento s'incomincia dall'enunciare la massima generale: *quidquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum est quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse,* e poi, quasi a modo d'esempio, sta detto: *ideoque brevi reversa uxor, nec divertisse videtur*. Certo non può

(1) Cujacio L. 8, Obser. 22. Brenkmann *de LL. inscr.* § 7.
(2) Glück. Comm. Lib. I, § 6.
(3) Opera medesima, L. 4, § 288, nota 47.

Digitized by Google

sconoscersi la bontà di questa massima, quando pure si pensi che la collera possa taluna volta consigliare un'azione del tutto ragionevole; nè v' ha alcun motivo estrinseco, il quale obblighi ad applicar quella regola ristrettamente. Del pari vuolsi intendere che la L. 8. C. *de* R. V. abbia di mira l'azione relativa alla proprietà, e non al pegno, malgrado sia diversa l' opinione di parecchi fra i più moderni giuristi. Che se nel Titolo *de rei vindicatione* d' una *vindicatio* si discorre, bene è chiaro, per la rubrica medesima, a quale azione reale soltanto, i frammenti in quel Titolo raccolti debbansi riferire (1).

Fa d' uopo eziandio esaminare quel rapporto, che è fra un frammento, e gli altri dello stesso Titolo; almeno per la intelligenza delle Pandette, imperciocchè l'ordine cronologico serbato nel Codice, rende per esso ogni sistema di connessione impossibile.

Altri già dimostrò (2), che nelle Pandette, i frammenti di ciascun Titolo non sono

(1) Vedi il mio sistema delle Pandette, 2.ª Ediz. § 566, nota 9.

(2) C. F. Koch, Diss. *de ordine legum in Pand.* Giess 1784, § 6 ed 11. G. Hufeland Diss. *de leg. in Pand. interpretan. subsid. ex earum nexu et consuet. petend.* Iena 1785, § I ad 11. Vedi ancora: Klüber, Biblioteca giuridica, 1785, parte 2ª n. 19 e 20, pag. 94 a 164.

fra loro del tutto alla rinfusa, ma che anzi di frequente si ravvisi come i compilatori s'adoperassero potentemente a stabilire fra essi taluni rapporti. Ciò malgrado, si esaminino solo pochi Titoli, e si sarà convinti che tali rapporti non formino un vero sistema. Sono infatti disposti l' un dopo l'altro quei frammenti soltanto, fra cui è una tal quale simiglianza, e che a vicenda si completano, si spiegano, si giustificano, e meglio si determinano (1). Vengono gli altri in seguito raccolti a caso; anzi v' ha molti Titoli, nei quali è affatto impossibile il ravvisare alcuna connessione. Del rimanente non certo la si poteva attendere da Triboniano, cui non era lecito aggiungere alcuna cosa a ciò che raccoglieva dagli altri, ne' quali pure tanto difetto era di ragioni intermedie, e di legame fra l'uno, e l'altro precetto! Sarebbe opera vana del tutto il venire accumulando prove di ciò; chè ognuno, il quale abbia

(1) Molto bene dice al proposito: l' Hufeland nell'opera citata: *Non vero ita ordinem illum ortum existimo, ut antea titulum in plures subdiviserint classes Tribonianus sociique, et post sub quacumque leges quas invenerunt, disposuerint; si hoc enim fecissent, ordinem haberemus meliorem, et magis perspicuum! verum potius excerptis locis, et sub diversos titulos dispositis, inter eadem nexum quendam, si fieri potuit, constituere contenderent.*

anche pochissima pratica delle Pandette ne sarà certo di già convinto.

Adunque la struttura interna d'un Titolo conviene si esamini diligentemente, e questo esame, relativo alle Pandette, è assai più utile che non sia per ogni altra legislazione più semplice, e più una.

Sarebbe davvero cagione di risultamenti molto erronei il trascurare quei frammenti, che servir debbono a rendere vieppiù chiaro, e completo un altro che li preceda. Così la L. 7, *de rer. divis.* è in aperto disaccordo con ciò chè sta detto nella L. 6, § 5, *eod.* e l'altra L. 22, *de re judicat.* limita assai manifestamente la L. 21, *eod.* Volgasi lo sguardo ove si voglia, e s'incontreranno esempii di simil fatta.

Spesso avviene che qualche frammento, per se medesimo dubbio, e non ben determinato, diventi chiarissimo, sol che sia inteso nelle relazioni sue più moderne: in simil caso è naturale che a questo modo convenga considerarlo. Servir può all'uopo d'esempio la nota legge 13, § ult. *de pignor. act.* A spiegar la quale, secondo la dottrina generale de'tre gradi di colpa, (che reputo del tutto falsa), è indispensabile far che preceda una critica disamina. E molti vennero nella credenza, che in essa non si tratti già dell'azio-

ne *pignoratitia directa,* bensì di altra azione *infactum*, cennata nel principio del frammento (1). Ma quand'anche vogliansi mettere da banda le obbiezioni tutte che contro tale parere sorgono dalla medesima L. 13 › la falsità di esso è fatta aperta dalla seguente L. 14, in cui, a corollario del paragrafo 1° della L. 13 si legge: *ea igitur, quae diligens, paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* Or di quale incoerenza si reputerebbe capace Triboniano, se volesse credersi che egli nel citato §. I non accennasse al creditore pignoratizio? Nè meno erroneo è quel mio avviso di potersi, a ben spiegare la L. 23, *de pignor. act.* anche sostenere, che in essa sia parola dell'azione nascente dall'obbligazione principale; basta difatti esaminare l'altra L.22, § *ult. eod.* per convincersi che non può nella citata L. 23 parlarsi d'altra azione, che non sia quella pignoratizia del creditore (2). Dippiù poste a raffronto le LL. 38, e 39, de LL. sarà chia-

(1) Höpfner Comm. § 796.

(2) Io ripudio ora non solo questo mio avviso, ma anche l'interpretazione della L. 23, che mi studiai difendere ne' miei Saggi, Libro I n.° 6; e questo io faccio perchè non v'ha nel Diritto Romano un solo esempio d'una *stipulatio duplae, et usurarum.* E qui debbo confessare, senza perciò espormi a gravi rimproveri, che mai ho

ro, che nessun diritto consuetudinario possa aver vigore, quando esista alcuna legge in contrario (1): nè certo fa d'uopo recare di ciò prove novelle (2).

Ma ei s'intende che devonsi tali regole applicare con discernimento, (*cum grano salis)*, e che non possa immaginarsi alcun rapporto là dove veramente non sia, per poter poi così propugnare meglio una interpetrazione, che un'altra. Nè v'ha chi non scorga l'errore dell'Hortleder (3), il quale insegna doversi la L. 21, *de* LL. riferire a' *jura singularia* soltanto, perchè nelle leggi 14, 15, e 16 *eod.* solo di tali diritti è parola: quasi a Giustiniano non fosse stato lecito, intrattenersi d' una nuova materia, allorchè credeva aver già detto abbastanza di un'altra!

avuto intera fiducia in quella interpetrazione da me data, e che, come ben dice l'autore della critica fattane nella A. L. Z. non l'ho giammai considerata altrimenti che quale tentativo di esegesi. Forse non avrei fatto questa confessione riparatrice, se una lettera di R. Koch, la quale dimostra sott'ogni aspetto il mio errore, non m'avesse imposto, qual dovere imprescindibile, il ritrattarmi.

(1) *Bericht. und Zusätze den Inst. des Röm. Rechts.* § 166, 167.

(2) V. Cramer *Disp. jur. cic.* Capo 3. Glück, *Erl. der Pand.* 5. B. § 449, nota 38.

(3) F. Hortleder Diss. *de vero sensu Legis* « *non omnium* » D. *de* LL.

E qui potrei anche astenermi dal far notare che fra le leggi 16, e 21 sono bene altri quattro frammenti, l'oggetto de' quali è affatto diverso.

§ 37.

Egli è ancora indubitato che non tutti i frammenti sì delle Pandette, e sì del Codice, vadano intesi secondo il significato più moderno delle parole, e secondo quell'ordine nel quale oggi veggonsi disposti; ove pur non si vogliano accogliere talune massime, alle quali neppur pensavano i compilatori medesimi. Cagione precipua di questo vizio della legislazione di Giustiniano fu il metodo, certo non commendevole, di voler creare tutto quanto un sistema di diritto, raccogliendone gli sparsi elementi da scritti, in cui erano trattate solamente materie speciali. Chi così raccoglie, non può sempre far sua la maniera d'intendere propria di colui, dal quale è tolto un frammento isolato; e molte nozioni debbono a lui essere ignote che quegli non espresse, e che pur varrebbero a precisare il significato vero del suo concetto. Inoltre, per essere i redattori delle Pandette abbastanza conoscitori del diritto, avveniva che spesso non credevano necessaria

una troppo grande precisione, supponendo chiarissime, e come note a tutti, talune verità. È questo ciò che rende indispensabile l' interpetrazione limitata di alcuni frammenti, la quale, ciò non ostante, e per i principii generali, sarà solo permessa allorchè dalle leggi medesime, e dai frammenti da applicare sia dimostrata necessaria. Sorgerà così l'accordo fra lo scopo del legislatore, ed una interpetrazione solo apparentemente contraria alle parole adoperate.

Per esempio, non è a dubitare che anche ad un pupillo può cagionarsi una ingiuria (1); però la L. 110, § 2, *de* R. J. — *Pupillus pati posse non intelligitur*, non vuolsi intendere dell'*injuriam pati*, ma solo di que' casi in cui il pupillo medesimo avesse tollerato che venisse compiuto qualche atto in suo danno: altrimenti al certo non pensarono nè l'autore del frammento, nè i compilatori delle Pandette.

V'ha ancora molti altri frammenti, i quali, come il loro significato dimostra, non ben rispondono alla rubrica del Titolo che li comprende; e questo avviene, o per ragione d'alcun rapporto, che s'ebbe a guida nel disporli a quel modo, o perchè non sempre una

(1) L. 3, § I. *de injur*.

logica rispondenza è fra la rubrica, ed i frammenti (1). In siffatti casi l'antico significato d'una legge deve accogliersi a preferenza, malgrado le indicazioni generali della rubrica. Per questo appunto, le leggi 86 e 91 *ad Leg. Falcid.* riferir si debbono unicamente ad un fedecommesso universale, quantunque ad esso la rubrica del Titolo non accenni (2).

§ 38.

Dell'interpetrare le decisioni non ben determinate che sono nel Codice.

S'esprimevano gl'Imperatori il più delle volte, e decidevano ne'loro Rescritti, e Decreti conformemente al diritto comune; per lo che è d'uopo conciliare col diritto delle Pandette, ed interpetrare a norma di questo, per quanto sia possibile senza stento, quei Decreti, e Rescritti riportati nel Codice, i quali, o non indicano abbastanza nettamente il *factum* esaminato, o dal medesimo si dipartono (3). Però sarebbe andar contro a tutta

(1) I. J. Richter *select. jur. princ. ad ord. digest. expos.* Diss. 4, § 8.

(2) V. Pfeiffer *de praelegatis.* § 22.

(3) Eckard *herm.* § 221.

una teoria giuridica, ed allo scopo medesimo di Giustiniano, se volesse estendersi anche a' *negotia stricti juris* (1) la L. 2, C. *sentent. rescindi non posse* (2). Eppure quanto facilmente avviene che troppo si generalizzi una decisione propria d'un caso speciale; anzi, che si spacci quale regola rispondente a' dettati della scienza, ed esattissima sempre, quella che soltanto non ordinarie, e gravi circostanze valsero a far promulgare. Senza dubbio un *negotium bonae fidei* dovè essere oggetto della legge citata; almeno l'omissione del fatto, bene autorizza a ciò credere. E nella medesima guisa, la generale, e non abbastanza precisa L. *ult.* C. *de commodato* — *praetextu debiti restitutio commodati non recte recusatur* — conviene s' intenda d' un *debito non connesso*, per essere principio riconosciuto, che ben può esercitarsi il diritto di retenzione se trattisi di debito connesso (3). Eguale esempio offre la L. 13. C. *de collat.* (4). Secondo la let-

(1) *Peremtorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat.*

(2) Reinold Diss. *de leg. inscript.* § 14. Nood. *Probab.* Lib. 2, C. I. *De jurisdictione et imper.* Lib. I. Cap. ultimo.

(3) *Vinnii quaest. select.* L. I, c. 51. *Faselius, com Retent.* § 19. not. 6.

(4) *Si donatione tibi post mortem patris fundum quæ-*

tera di essa qualsivoglia donazione dovrebbe conferirsi; eppure, testimone lo stesso Giustiniano, (1) era comune regola che conferir non si dovesse una *donatio simplex*. Laonde quel frammento va inteso non di questa specie di donazione, ma sì d'una donazione *modalis*, ovvero di qualunque altra, che per speciali ragioni dovesse conferirsi (2). In tutti questi casi, a mio giudizio, e l'interpetrazione restrittiva tanto spontanea, da potere affermare sicuramente, che essa non contraddica nè le espressioni non dubbie, nè lo scopo che Giustiniano si propose.

Ma bisogna guardarsi dal credere che per gli esempii, e per le ragioni anzidette, sia lecito qualunque interpetrazione men che facile e naturale; lo spirito medesimo informatore del Codice non consente, che questo s'abbia ad avere per una raccolta d'esempii quasi a spiegare i principii annunciati nelle Pandette. Infatti:

I. È certissimo che spesso gl'imperatori nei loro Rescritti fècero eccezione al diritto comune in prò di taluni individui, crean-

sisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiæ — familias constitutæ tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra jus postulas.

(1) L. 20 § 1, C. *eod.*

(2) Hofacker, *princ. jur.* R. G. parte II, § 1659.

do così dei veri privilegi; e poichè essi, in ciò pure esposero non veri principii, nessun giureconsulto ebbe ritegno in altre occasioni di sconoscerli. E Giustiniano ammise nel Codice parecchi Rescritti, che anche a volerli interpetrare d' una maniera ristrettiva, giammai potrebbero, senza contraddizione, conciliarsi col diritto delle Pandette. In queste è detto apertamente che per i figli concepiti, o nati durante la cattività non si desse luogo a restituzione *jure postliminii* (1), non pertanto gl' imperatori Severo, ed Antonino fecero, con un Rescritto, eccezione, a tale regola; e quel Rescritto è nel Codice (2), ed ei sarebbe stoltezza il volerlo spiegare mediante il diritto delle Pandette. Dippiù deve ognora considerarsi che gran parte di quanto servir dovrebbe a migliore spiegazione del Codice, si rinviene per ragioni storiche nelle Pandette. Di vero, Giustiniano medesimo aveva prescritto nel modo più chiaro che una volta sola potesse domandarsi il *tempus deliberandi* (3), ciò non ostante, nella L. 3. D. *de jure deliberandi* sta scritto : *nec non illud sciendum; nonnumquam semel, nonnunquam saepius diem ad*

(1) L. 26. *de stat. hom. L. 17* § 5. *ad. SCt. Trebell.*
(2) L. I, C. *de postlim. revers.*
(3) L. 21 § 13. C. *de jure delib.*

deliberandum datum esse. E sì che io non so immaginare in che maniera potrebbero a questo proposito far credere ad un accordo coloro, i quali pensano che il Codice giammai deroghi alle Pandette, se volessero tenersi paghi alla consueta loro massima: *sibi non contradicunt, si recte intelliguntur.* Egli è dunque da aver per vero che il Codice non abolisca alcun precetto delle Pandette, che sia della medesima epoca di quelli compresi in esso; e che invece le contraddizioni, le quali sono fra l'uno, e le altre, dinotino ciò che v'ha nelle Pandette di antiquato. Nè questo può dirsi abolito da un diritto novello, essendosi da Giustiniano compreso in esse, per le ragioni storiche anzidette, e non perchè dovesse aver forza e virtù di legge.

II. Inoltre molti fra gl'imperatori vissero dopo quei giuristi, gli scritti dei quali servirono a compilar le Pandette; nè il diritto comune rimase così qual'era all'epoca dei classici giureconsulti, chè già quello consuetudinario aveva richiamati in vigore taluni principii non più riconosciuti. Epperò, quantunque gl'imperatori meno antichi il diritto comune anch'essi sempre invocassero, pure, decidere secondo le norme di questo, qual'era ai loro tempi, non valeva il medesimo che decidere applicando il diritto

Digitized by Google

delle Pandette. Ed è abbastanza noto che uomini quali Diocleziano, Costantino e Teodosio, non sogliono esser nè tenerissimi di tutto che sia antico, nè alieni da qualunque arbitrio.

III. Infine non tutti gli ordinamenti del diritto comune, nè i casi tutti nei quali ciascun principio può estensivamente, o ristrettamente interpetrarsi, sono raccolti nelle Pandette; e senza dubbio, il Codice, qual supplemento, racchiude molte specialità *(singularia)* del diritto comune, le quali altrove non si rinvengono. Anche in tali casi è assai poco ragionevole, voler che il Codice ceda alle Pandette.

Dovrà dunque ritenersi che, qualora il senso letterale del Codice non s' accordi con quello delle Pandette, debbano i precetti contrarii di queste considerarsi come antiquati, e non aver vigore. Che se una qualche decisione del Codice medesimo sia men che precisa, o non s'intenda bene a qual fatto veramente si riferisca, si dovrà reputarla come relativa ad un caso tale, che la si possa ammettere, conformandosi alle regole giuridiche costantemente osservate.

§ 39.

Dello studio delle iscrizioni.

Generalmente lo studio delle iscrizioni dei frammenti del Codice, e delle Pandette, e quello di ciò che rimane del diritto anteriore, e posteriore a Giustiniano, suol essere commendato quale efficace mezzo, ed utilissimo, per la retta interpetrazione del diritto romano. Ma finora, quasi ad occultare la povertà dell' ermeneutica, molte cose nell' esame di tali materie sonosi dette, le quali alla storia del diritto propriamente s'appartengono. Si è sperato così, con gran copia d'esempii, compensare il lettore del difetto di regole fondamentali. Ma dovendo io soltanto occuparmi dei principii critici, mi terrò contento a trattare di ciò che al proposito è davvero essenziale, esaminando in che limiti, e con quali restrizioni, sia dato all' interpetre pratico giovarsi de' mezzi suddetti (1).

(1) O. I. Labittus *de usu indicis Pandect.* H. Brenkmann *de leg. inscrip.* B. H. Reinold, *orat. de leg. inscript.* Wunderlich *Diss. de leg. inscript.* Brunquell *prat. de utilitate ex diligent. comparat. omnium ejusdem inscr. in* D.*capit. capiend. in ejusd. opusc.* § I, n. VI. Eckard *herm.* L. I, C. 5. Non potendo io ripetere quanto fu già accuratamente detto da altri, suppongo che sia conosciuta molta parte delle opere citate.

Digitized by Google

§ 40.

Possono le iscrizioni consultarsi dal giurista pratico, solamente quando gli forniscano alcuna nozione, la verità della quale sia confermata dallo stesso dritto Giustinianeo, e che non meni ad un risultamento straniero ad esso. Senza dubbio ha Giustiniano abolito, e mutato, in generale, il diritto più antico; però non può in alcuna maniera riguardarsi come giuridico tutto quello che dalla sua legislazione non derivi. *Et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat* — sta detto nel § 7 *de conc.* Dig.—*Et in tantum volumus eadem omnia, quum reposita sunt, obtinere, ut, etsi aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in positione inveniantur, nullum crimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribatur.* Bisognerebbe adunque che vi fosse anche un'altra legislazione, oltre quella in esame, per propugnare un' opinione diversa.

Ancora si comprende agevolmente, che assai incerto, pericoloso, ed arbitrario sia il voler conoscere per mezzo delle iscrizioni alcuna cosa, a provar la quale non si presti-

no gli elementi offerti dal diritto Giustinianeo. Così, se un qualche frammento racchiude una regola che pur sembri alquanto singolare, ma che non sia in alcuna maniera da quel diritto espressamente contraddetta, ed in tal caso, per mezzo delle iscrizioni, si va subito in traccia d'altri luoghi, ne' quali quella regola medesima vedesi adottata, per poter poi, mercè quest' accordo, e questa scambievole conferma, ottener di essa un migliore significato. Ma per lo passato aveva luogo davvero quell' accordo? Al che se pur vorrà sinceramente rispondersi, bisognerà confessare che l'affermativa non sia sorretta da nessuna delle prove ordinarie, e che tutto si riduca a mere possibilità, e congetture, delle quali in pratica non è a fare alcun conto (1). Egli è errore ancora più grave il voler limitare l'applicazione di taluni frammenti, solo a cagione de' rapporti, ne' quali essi erano una volta relativamente ad altri, senza che dal diritto di Giustiniano sorga la necessità di tale restrizione. E qui, per non troppo dilungarmi, mi terrò contento a ricordare solo due leggi innanzi citate (§ 36). Veniva la massima contenuta

(1) V. Koch. *Belehrungen über die hundigk. z. Testir.* § 8 a. E.

Digitized by Google

nella L. 18 *de poenis*, come dall'iscrizione apparisce, allegata da' giuristi a fondamento d'una decisione speciale, ma per questo essa era meno una regola generale? Non sarà dunque consentito ad ognuno di giustificare una opinione speciale la mercè di un principio generale? Ma e chi può asserire di non aver mai fatto ricorso ad argomenti, il contenuto de' quali estendevasi oltre i limiti del fatto particolare da lui esaminato? Lo stesso è a dire dell'altra L. 48 *de R. J.* anche innanzi ricordata. Ed ei può avèrsi per certo che furono biasimate tutte, e sempre, quelle restrizioni la necessità delle quali dal diritto di Giustiniano non appariva. In una occasione di simil fatta, il Voet assai acconciamente così s'esprime (1): *Quis enim nescit innumeris prope in locis per modum rationis, vel objectionis, vel exempli, materias tractari ab ea, quae ex professo excutitur, alienas prorsus, si in se spectatae fuerint?* Tale obbiezione, e l'aver Giustiniano mutate a disegno molte cose, e molte altre intese diversamente che per lo innanzi, saranno sempre d'ostacolo per l'ammissibilità di quel metodo, il quale consiste nell'interpetrare talun frammento, nulla cu-

(1) *Comm.* Tit. *de transact.* § 12.

rando la sua lettera, perchè forse aveva esso, ne'suoi rapporti originarii, un diverso significato.

Nulladimeno lo studio delle iscrizioni sarà sempre assai utile, e sopratutto per le tre ragioni che seguono:

I. Sono nelle Pandette taluni luoghi, dei quali sarebbe impossibile comprendere il significato vero, e lo scopo, se, mediante le iscrizioni, non si giungesse a conoscere ciò che in origine con essi volle dirsi. Tale è quello della L. 20 *de V. S: verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus*, il quale acquista un significato assai preciso, se messo a riscontro con la L. 2 *de cap. minut.* e col § 4 *quib. mod. infirm. test.* (1). In cosiffatta guisa non è già che si enuncia un novello principio; però in questa ipotesi bene è lecito interpetrare aiutati dalle iscrizioni. Così diventando chiaro un frammento, che per l'innanzi non s'intendeva, ben si ravvisa quale, e quanta sia l'utilità del metodo adoperato.

II. Sovente per la regola « *species generis derogat*» avviene che una legge generale non abbastanza precisa sia da limitare, e restringere. Importa allora moltissimo, ed anche

(1) Labitt. *de usu ind. pand.* cap. 2 § 8.

per i giuristi di più difficile contentatura è assai soddisfacente, scovrire mercè l'esame delle iscrizioni, che il significato originario d'un frammento coincida con quelle restrizioni volute dalle regole rigorose dell'ermeneutica, e rispondenti allo scopo che Giustiniano volle raggiungere. Si applichino al diritto di pegno le regole dell'interpetrazione grammaticale restrittiva, ed il noto principio della L. 5 § I *de pign. et hypot. inter pignus autem, et hypothecam tantum nominis sonus differt*, potrà, senza fallo, intendersi dell' *actio hypothecaria* soltanto. Or di quanto compiacimento dovrà esser cagione, per chi assiduamente medita su tali materie, la certezza che, esaminate le iscrizioni, si perviene ad una conseguenza identica affatto! (1) Esempii simiglianti offrono le leggi 153 *de R. J.* § 27 e 110 § 2 *eod.* le quali per volere di Giustiniano, e per l'indole medesima del diritto, vanno interpetrate ristrettamente, ed il cui significato originario che, poste da canto le iscrizioni, ridurebbesi a prette congetture, coincide appieno co' risultamenti della interpetrazione grammaticale (2). Non altrimenti spiega il Weber (3)

(1) Reinold *de leg. inscr.* § 10. Eckhard *herm.* § 187.
(2) Reinold C. I § 15. Cuper *de nat. poss.* Parte II n. 7
(3) Obbligazioni naturali § 92 pag. 430, a 434.

Digitized by Google

assai bene la L. 37 *de fidejussor.* senza che nulla dal lato della pratica gli si possa obbiettare. Difatti, s' egli non segue principii diversi da quelli, che sono proprii dell' interpetrazione grammaticale, con quanta giustizia gli si potrebbe far rimprovero dello studio grandissimo che pure adopera perchè quei principii medesimi al proprio suo modo d'intendere sieno anche conformi?

III. Nel codice le iscrizioni indicano quali fra le leggi erano in origine Decreti o Rescritti (1). Fu dimostrato altrove (§ 38) quanto interessi che ciò si sappia.

§ 41.

Utilità del diritto anteriore, e posteriore a quello di Giustiniano

L' utilità delle fonti della legislazione di Giustiniano è naturalmente ristretta in quei medesimi limiti innanzi indicati (2). Egli è

(1) V. Eckad. *Ermen.* § 121 e 122. Glük *Intr. in stud. leg. posit. germ.* § 48 nota I.

(2) Quanto è stato detto di meglio su tale argomento si rinviene negli scritti poco innanzi citati, e nell'opera di Brunquell, *Diss. de Codice Theodos. ejusque in Cod. Inst. usu* Cap. 2 e 3.

Intorno a ciò che s' attiene alla storia del Diritto antigiustinianeo, io non posso in alcun modo dilungarmi.

vero che questi furono assai spesso non curati, ma tali esempii nulla provano, che anzi servono a potersi guardar meglio dall'arbitrio, e dagli errori. Veramente è grave danno che il più gran numero tenga in maggior pregio una falsa eleganza, che la connessione, e dirittura delle idee; e che parecchi, anche sapienti, aspirino meno al vero, più alla loro fama, e riputazione. Vantasi quale prova meravigliosa dell'efficacia di questa scienza *elegante*, l'aver scoverto che talun frammento del Codice di Giustiniano si possa analizzare col sussidio di quello di Teodosio, quasi una legge potesse interpetrarsi debitamente, soltanto mercè la legislazione Giustinianea. E se gli errori anzidetti non fossero, come sarebbesi potuto veder violati così di frequente i precetti chiarissimi di Giustiniano, e spacciate talune teorie, le quali non è possibile giustificare di fronte a quel diritto che oggi deve solo esser valido? E spessissimo neppure potrebbe all'uopo invocarsi ciò che tuttora ne rimane del diritto antigiustinianeo, perchè a noi pervenuto in maniera poco esatta, e non nella sua forma originaria.

Valga a conferma de' miei detti quell'interpetrazione della L. un. C. *si liberalit. imper. socius sine her. dec.* che Höpfner si a-

dopera a propugnare (1), senza che nulla nel diritto di Giustiniano lo autorizzi a non curar le parole chiarissime, solo per troppo rispetto di ciò che è antico. Ancora illegittimi sono que' modi tutti d'interpetrazione tendenti a conciliare col Codice Gregoriano la L. 3 C. *commun. utriusque judic.* (2). Ed essi sono tanto più da biasimare, in quanto quella legge presenta per se medesima un significato non ambiguo, intero, e secondo ragione, qualora si consideri, che una sentenza può rescindersi per frode, non si può per errore (3).

Sia di ciò che si voglia, certa cosa è, che proscrivere l'abuso, non sia il medesimo, che vietare ogni uso ragionevole; e malgrado le fatte osservazioni, non negherò io certamente l'utilità dello studio del Diritto antigiustinianeo, del quale anche i frammenti poco esatti, che a noi pervennero sono, e per la storia interna del diritto, e per altri moltissimi rispetti, assai preziosi. Solo non credo che si possa da quelle fonti dedurre alcun

(1) Comment. § 710 nota 1.

(2) Gebauer *de hercto cito ob inaequalitatem in melius reform.* (Op. T. II). Püttman, Probab. C. F Voord. Elect. C. 26.

(3) L. 26 *famil. hercisc.* L. 7 C, *de jur. et facti ignor.* L. 33 *de judic.*

precetto che sia valido, se non lo si rinvenga ancora nella legislazione di Giustiniano; essendo d'altra parte degnissimo d'encomii colui, che con discernimento ad esse abbia ricorso, e se ne giovi.

§ 42.

Il diritto posteriore a quello di Giustiniano (1) è per l'interpetrazione logica delle leggi di lui senza dubbio più importante, d'una testimonianza qualunque intorno alle ragioni d'alcuna regola giuridica, ed allo scopo del legislatore; massime perchè parecchie false ragioni trovansi spesso allegate, anche nelle opere più pregevoli (2). Certo è sempre utile consultare anche i greci allorchè qualche opinione vogliasi avvalorare, ma s'intende facilmente, che la massima, la quale così cercasi meglio confermare, è d'uopo che ripeta sua origine dal Diritto di Giustiniano, non d'altronde. Però la conoscenza del diritto che sopravvenne, interessa più coloro che meditano, meno quelli che operano; più la teoria, meno la pratica.

Lo studio delle leggi posteriori a quelle di

(1) V. principalmente Eckard Lib. 1 Cap. 7.

(2) Per esempio Theophili paraphras. *ad* § 1, L. *de excus. tut.*

Giustiniano è vieppiù proficuo per l'interpetrazione grammaticale; quello principalmente della Parafrasi di Teofilo, dell' Epitome di Giuliano, delle Basiliche, e delle molte glosse. Ma è mestieri, anzi tutto, non obbliar le regole d' una sana critica, per guardarsi dell' enorme abuso che, in special modo delle Basiliche, è stato fatto.

§ 43.

Della conoscenza della filosofia stoica, e delle diverse scuole de' giuristi.

Nella Ermeneutica d' Eckard moltissime nozioni veggonsi accumulate, intorno all' utilità, che da una retta conoscenza della filosofia stoica, e delle diverse scuole de' giuristi, deriva per l' interpetrazione del Diritto Romano (1). Questo argomento è stato già da altri così disaminato sotto ogni aspetto, che non saprei addurre nuove ragioni a combattere coloro, i quali pensano da senno, che tali conoscenze conferiscano, e grandemente, a quello scopo. Quanto a me, ho per certo, che lo studio de' filosofi greci val-

(1) Libro I Cap. 4. Vedi ancora I. A. Ortloff, dell' influenza della filosofia stoica sulla giurisprudenza romana. Erlang 1797.

se sì a disciplinare i giureconsulti romani; ma non oserei interpetrare pure un frammento, ricorrendo a' principii della filosofia stoica, o di ogni altra qualechesiesi. Nè credo sia più utile, per l'interpetrazione logica, la conoscenza delle scuole diverse de' giuristi, perocchè nulla dimostra, che abbia alcuna di esse seguìto costantemente taluni determinati principii fondamentali, da poter riconoscere senza tema d'inganno, quali veramente furono le ragioni proprie di questa opinione, o di quella. Altri mezzi v' hanno, e più efficaci, per l' interpetrazione del Diritto di Roma; e davvero quanto non giova a tale uopo il concetto esatto dell'indole di quel popolo, de' costumi suoi, e della costituzione politica dello stato romano? Ma sia di ciò che si voglia, in una teoria dell' interpetrazione non è mestieri determinare ed esporre tali mezzi ausiliarii in ogni loro conseguenza, imperocchè tutto a tal riguardo finalmente è confidato ad una intelligenza retta, e capace di sana critica. Nè, oltre a' principii generali, v' ha anche da esporre una qualche regola particolare, che tornar possa proficua, ed istruttiva.

Digitized by Google

§ 44.

Osservazioni intorno all' ammissibilità della critica

Mi si consenta dire, a mo' di conclusione, alcuna cosa quanto all' ammissibilità della critica del Diritto Romano, i limiti della quale vanno opportunamente qui studiati (1). Le obbiezioni del Feuerbach (2) contro quello che io esposi la prima volta su questo argomento (3), mi porgono novella opportunità di occuparmene. Manifesterò nullameno, e svilupperò i miei principii solamente d'una maniera astratta, chè l'applicazione di essi presuppone la conoscenza di una parte preparatoria dell' ermeneutica, della storia cioè delle edizioni del *Corpus juris*, ed i limiti di questo scritto non consentono che m' intrattenga anche a dire di essa. Nella citata dissertazione sono essenzialmente d' accordo col Feuerbach riguardo alla necessità che il giurista elegga la migliore fra le varianti moltiplici d' un manoscritto, ed emendi gli

(1) Imperocchè è gran parte della critica l'interpetrazione logica secondo lo scopo del legislatore. Vedi i miei saggi Lib. II pag. 23.

(2) Saggi Lib. I, n. 16.

(3) Saggi civili Lib. I, n. 3.

errori certissimi d' una qualche edizione; perocchè questi non sieno che alterazioni del testo, derivanti da persone private, cui niuno avea conceduto autorità legislativa.

Solo non ci accordiamo in concedere al giurista la facoltà di mutare in alcuna parte la parola della legge, o in altri termini, di fare uso della critica congetturale, quando i varii manoscritti tutti in una medesima lezione concordino. Nella mia opera poc' anzi citata opinai per la negativa, potendo il giurista interpetrare soltanto, e non correggere; inoltre il riconoscergli quella facoltà menerebbe ad un arbitrio senza confini. Ma prima che le osservazioni del Feuerbach venissero rese pubbliche, aveva io di già mutato in parte il mio avviso nella prima edizione del *Sistema delle Pandette* (§ 45); e così perseverai in esso anche nella seconda, (§ 52) malgrado le osservazioni anzidette. Nè credendo oggi mutar parere novellamente, manifesterò le ragioni che mi guidarono, assoggettando insieme a rigorosa critica l'opposta dottrina.

Allorchè la prima volta sostenni, che il giureconsulto pratico giammai possa usare della critica congetturale, fui indotto precipuamente dall' esame degli scritti teoretici di Antonio Fabbro, e del Noodt. L'arbitrio

senza limiti, che s'erano fatto lecito e l'uno e l'altro nelle loro critiche, m'aveva siffattamente indegnato da indurmi, vinto da malvolere, a ripudiare qualsivoglia critica correttiva, sperando mettere così e freno e confine a tanto abuso. Di vero, da tutti gli emendamenti critici di quei due scrittori altra regola non può cavarsi, se non che sia lecito sempre il correggere, affin d'esplicare ciò che il legislatore avrebbe dovuto dire, se pur voleva esser perfetto e nel pensiero, e nelle espressioni; senza porre mente che deve il giurista ottemperare, e sempre, al dettato legislativo, sia esso esente da errori, o non sia. Tuttavia v'ha de' casi, ne'quali anche il solo buon senso permette a ciascheduno far ricorso alla critica. E certamente se in una legge, la quale molte cose abbia disposto nell'interesse de'conjugi, si trovi, una volta sola, scritto così « la moglie *de* il marito debbono a vicenda prestarsi gli alimenti » senza pur esitare, nessun si rimarrà dal dire che per mero errore sia stato scritto *de*, e non *ed*. Senza dubbio, tutti si faranno beffe di quel giurista il quale da senno vada, all'uopo, in traccia d'una interpetrazione autentica; imperocchè ciò che il legislatore veramente volle dire dall'insieme della legge si fa manifesto. Se dunque questi ab-

bia, per errore, detto altro da ciò che voleva, conviensi anteporre alle parole il pensiero; infatti che cosa è più naturale del preferire sempre lo spirito d'una legge alla sua lettera, per avventura, non corretta abbastanza?

Si attenda ora al principio fondamentale e semplicissimo, su cui tutta quanta riposa la teoria dell'ermeneutica: che debba cioè prima porsi mente alla lettera, poi allo spirito di una legge, e che, se questo neppure possa conoscersi con certezza, vogliansi rintracciare nella legislazione medesima gli elementi atti a dissipare quei dubbii, che nè l'interpetrazione grammaticale, nè quella logica valsero a dileguare (§ 15). Di che sorge, corollario spontaneo, la regola per l'applicabilità della critica congetturale più elevata. E questa regola è, che siffatta critica sia lecita qualora dal contesto intero d'una legge, risulti, in modo non dubbio, che il legislatore voleva dire piuttosto una cosa che un'altra; e che non sia, ove manchi quella certezza. Essa è anche da fuggire quando, malgrado s'abbia tale certezza, pure non si giunga ad intendere ciò che egli veramente ebbe in animo di esprimere. Questo, e non altro, volli io significare nel *Sistema delle Pandette*, enunciando il principio, che un mutamento del manoscritto allora soltanto sia permesso,

quando le condizioni tutte della logica interpetrazione anche concorrano. Ben diversa da questa è la teoria del Feuerbach, la quale, considerata nella sua essenza, tutta si riassume così: deve il giurista astenersi dall'arrecare qualsiasi mutamento a ciò che fu dal legislatore pubblicato; chè, facendo altrimenti si eleverebbe a legislatore dello stesso legislatore; invece egli può, deve anzi ricostituire il testo nella prima sua forma, qualora i copisti, e gli editori l'abbiano guasto ed alterato. E devesi cosifatta critica, a suo avviso, ammettere *in verbis dispositivis*, per ragione di necessità, affine cioè d'evitare contraddizioni ed incoerenze. Quanto alle rimanenti parole d'una legge, la si può anche usare per ragioni di sola utilità; ad esempio, per ottenere un significato migliore, o una migliore espressione, non essendo in quelle parole autorità alcuna legislativa. Contro queste idee mi si consenta fare talune osservazioni:

I. Siccome innanzi ho dimostrato, è poco esatto criterio quello di non potersi permettere al giureconsulto d'apportare alcun mutamento al testo legislativo, quale fu pubblicato, laddove d'altra parte s'impone al critico d'accettare quello soltanto che il legislatore volle dire. Non è già, che fa-

cendo altrimenti, s' elevi il giurista a legislatore del legislatore medesimo, ma soltanto egli perviene così ad un risultamento conforme allo scopo legislativo, epperò i confini dell' interpetrazione in alcun modo non oltrepassa. Nè al proposito importa distinguere le ragioni di necessità, da quelle di utilità; la critica storica, dalla legislativa. La sola regola cui deve il critico uniformarsi per ogni maniera di scritture, si è quella, di potere arrecare talun mutamento, qualora sia aperto che l'autore davvero voleva dire altro da quel che disse; che se invece trattisi solamente di migliorare il concetto, o la manifestazione di esso, io credo che nessuna cosa valga a giustificare qualsivoglia alterazione. Vo' dire, che la critica non è già l' arte di correggere uno scritto non abbastanza perfetto, ma è solo una scienza ausiliare per l' interpetre, e che deve essere ristretta alle indagini intorno allo scopo vero dello scrittore.

II. Che se si esclude qualunque critica del testo legislativo, quale esso venne pubblicato, ed ei fa d'uopo sconoscere ancora quella dei manoscritti del Diritto Romano, e far ritorno così alla teoria da me, non è gran tempo, ripudiata. Difatti, se giuridicamente l'accettazione e la sanzione legislativa, (sic-

come riguardo al diritto di Roma, ci è noto, per le leggi imperiali), valgono quanto la pubblicazione medesima, ben si ravvisa che accettare alcuna legge, così com'essa è redatta, sia il medesimo che averla in quel modo appunto pubblicata. E poichè i manoscritti del Diritto Romano furono accettati quali erano nell'età di mezzo, consegue che non potrebbe ammettersi per essi alcuna maniera di critici emendamenti, neppure dallo stesso Feuerbach che insegna, s'abbia la parola delle leggi a conservare scrupolosamente quale appunto fu pubblicata.

III. Ma, non curate anche queste ragioni, starà sempre contro del Feuerbach la grave obbiezione, che il ripristinamento *(Wiederherstellung)* del testo alterato della legislazione di Giustiniano, che egli a tutti consente, non possa mai dimostrarsi come certamente fondato nel vero; e che però il giurista, autorizzato a quell'atto, giammai sia sicuro di poter legittimamente usare della facoltà concedutagli. Senza dubbio, nella teoria da noi combattuta v'ha difetto d'un principio, il quale serva quasi di addentellato, e che dimostri come ogni contraddizione, ed ogni incoerenza, che si rinvenga ne' manoscritti, sia necessariamente l'effetto d'un errore, che non era nel testo originale pub-

blicato da Giustiniano; così che non si possa anche credere, che quell' espressione erronea sia stata da costui adoperata. Che nella pubblicazione degli esemplari autentici parecchi errori si sienò insinuati, non solo è possibile, ma ancora probabilissimo. Ripensi il lettore quei tempi ed intenderà, che se allora si fossero avute delle copie a stampa, una correzione perfetta sarebbesi potuto ottenere, mediante l'opera diligente di una, o di più persone; chè, in tal caso, un solo esemplare perfettamente corretto, avrebbe indicato contemporaneamente quegli errori che erano identici in tutti gli altri. Ma la cosa ai tempi di Giustiniano dovette andare altrimenti. Allora infatti era mestieri esaminare, e rivedere un per uno ogni singolo esemplare; e temendosi gli errori non si moltiplicassero, col successivo moltiplicar delle copie, fu necessità riunire moltissime persone, e dettar loro nel medesimo tempo, uno stesso esemplare tenuto in conto di corretto. Tale metodo, fu senza dubbio, serbato ancora per maggiore celerità; ed al certo dovendosi inviare contemporaneamente gran numero di copie in ciascuna parte dell' Impero, si perveniva ad ottenerle assai più presto dettando in un tempo medesimo, e non successivamente. Però dovè Giustiniano,

Digitized by Google

come sembra assai probabile, volere che le sue leggi venissero dettate nel medesimo tempo a più centinaia di persone, e che quelcopie, forse in nessuna maniera rivedute, (essendo ben noto quanto precipitosamente tutta intera la novella legislazione venne attuata), fossero poi fra i diversi magistrati ripartite. S'ei fu così, comprendesi di leggieri che tutti gli esemplari legalmente pubblicati, contener dovevano non pochi, ed identici errori; per ragione, non solo di quella non curanza, e trascuraggine, che è pur consueta in chi detta o scrive spensieratamente; ma ancora, perchè l'originale medesimo di un'opera così lunga da dettare, assai difficilmente poteva essere anch'esso immune da ogni vizio. E non potendosi da alcuna parte del *Corpus juris* raccorre notizie storiche intorno alle condizioni del testo pubblicato in origine, neppur può dirsi di alcun errore, che esso soltanto dopo quella pubblicazione siesi ne' manoscritti avverato. Però qualsivoglia critica tendente ad emendare, o ripristinare questi ultimi, vuolsi, quale impresa vanissima, proscrivere, e rigettare.

FINE

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

Prefazioni alla prima edizione . . . . . pag. V
— alla seconda » . . . . . » VIII
Introduzione
Nozioni generali. . . . . §§ 1 a 5. » 1

PARTE PRIMA

DELLA INTERPETRAZIONE LOGICA DEL DIRITTO IN GENERALE

CAPITOLO I.

Ripartizioni e principi generali

Specie dell' interpetrazione logica . . §§ 6 a 8 pag. 11
Principî generali — Ricerca dello spirito delle leggi. . . . . § 9 » 16
Inapplicabilità dell' interpetrazione logica alle leggi divine . . . . . § 10 » 29
Suo fondamento nelle leggi . . . . . § 11 » 30

CAPITOLO II.

Di ciascuna specie dell' interpetrazione logica

1ª SUDDIVISIONE

Dell' interpetrazione logica a seconda del fine del legislatore.

Sua ammissibilità, e suo contenuto. . § 12 » 32

Digitized by Google

Mezzi come conoscere quel fine — Particolari spiegazioni . . . . . § 13 pag. 33
Principî relativi ad ogni specie di leggi § 14 » 35
Delle leggi ambigue in particolare . . § 15 » 37

2ª SUDDIVISIONE

Dell'interpetrazione logica a seconda della ragione della legge

Principî che la governano, e specialmente della *ratio legis*, e della *ratio decidendi* . . . . . § 16 » 44
Della interpetrazione estensiva . . . §§ 17 a 21 » 54
Della interpetrazione abolitiva, e della ristrettiva . . . . . § 22 a 25 » 84
Dell' interpetrazione mista . . . . . § 26 » 94
Dell'interpetrazione letterale . . . . § 27 » 96
Dell' analogia . . . . . § 28 » 97

3ª SUDDIVISIONE

De rapporti che sono fra le diverse specie d' interpetrazioni . . . . . § 29 » 107

PARTE SECONDA

DELL' INTERPETRAZIONE LOGICA DEL DIRITTO ROMANO IN PARTICOLARE

Come questa seconda parte contenga soltanto osservazioni fra loro indipendenti . . . . . § 30 » 110
Dell' estendere un precetto ad ogni caso eguale . . . . . § 31 » ivi
I principî generali come si ottengano. § 32 » 113
Rationes decidendi, e *verba enunciatica*. § 33 » 123
Delle ragioni false . . . . . § 34 » 126

Delle ragioni confermative . . . . . § 35 pag. 128
Dell' interpetrazione conforme a' rapporti più moderni. . . . . §§ 36 e 37 » 132
Dell' interpetrare le decisioni non ben determinate che sono nel Codice . § 38 » 141
Dello studio delle iscrizioni . . . . . §§ 39 e 40 » 147
Utilità del dritto anteriore, e posteriore a quello di Giustiniano . . . . . §§ 41 e 42 » 153
Della conoscenza della filosofia stoica, e delle diverse scuole de' giuristi . § 43 » 157
Osservazioni intorno all' ammissibilità della critica . . . . . § 44 » 159

7 OTT 1972

C057C6C6

Digitized by Google

Niccolini. Quistioni di dritto trattate nelle conclusioni, nei discorsi e in altri suoi scritti legali. Napoli 1869. 2 vol. in 8° gr. . . . . L. 15,00

Pepere. Storia del dritto. Primo periodo. Dritto dell' Oriente. Napoli 1871, un vol. in 12.° . . . . . » 4,00

Pisanelli (G.). Dell' istituzione dei Giurati, seconda edizione. Napoli, un vol. in 12. . . . . » 4,00

Troplong. Comento sull'arresto personale in materia civile e commerciale. Prima versione italiana di Luigi Lo Gatto; annotata da Vincenzo Moreno. Napoli 1847, in 8° gr. . . . . » 7,50

—— Delle donazioni tra vivi e dei testamenti; versione italiana di Luigi Lo Gatto, col confronto delle leggi patrie. Napoli 1856. 2 vol. in 8° gr. » 7,50

—— Comento sul prestito, deposito, sequestro e contratti aleatorii. Prima versione italiana con note e confronti. Napoli 1847, in 8° gr. . » 7,50

—— Della permuta e locazione. Nuova edizione italiana, aggiuntovi il confronto dei più classici autori in tal materia non che un' appendice sul contratto di enfiteusi per Luigi Lo Gatto. Napoli 1819, in 8° gr. . . » 7,50

—— Dell'influenza del cristianesimo; traduzione di Emmanuele Rocco. Napoli, in 8.° . . . . . » 0,75

—— Commentario dei privilegi e delle ipoteche; seconda edizione italiana con la conferenza degli altri trattatisti sulla materia non escluso Mourlon, Demolombe, Marcadè e Pont di cui è priva l' edizione del Belgio, con la concordanza dei codici esteri, con note ed aggiunte risguardanti la legislazione napoletana dell' avv. Luigi Lo Gatto. Napoli 1861. 2 vol. in 8° gr. . . » 15,00

—— Commentario della vendita. Nuova traduzione italiana accresciuta del confronto dei più insigni autori sulla materia dell' avvocato V. de Matteis. Napoli 1857, in 8 gr. . . . . » 7,50

Vismara (A.) Codice di procedura penale del Regno d' Italia posto in relazione col codice napolitano, col codice italiano, non che con gli altri codici di procedura penale che hanno imperato in Italia; coll'applicazione dei vari articoli corrispondenti della legge sull' ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865 e del regolamento generale giudiziario del 14 dicembre 1865 per la esecuzione di questo codice e di detta legge, spiegato col mezzo analogico e con autorità di scrittori distinti; seguito in fine dalla relazione del Ministro Guardasigilli, dalle disposizioni transitorie speciali per le provincie toscane e dalla pianta del personale del ministero di grazia e giustizia e corredato di analoghe formole degli atti. Napoli 1872, 2ª edizione . . . . . » 5,00

Wheaton (E.) Storia dei progressi del diritto delle genti, ed elementi di diritto internazionale ; prima versione italiana di Costantino Arlia. Napoli 1862, 2 vol. in 8° gr. . . . . » 15,00

Digitized by Google

BIBLIOTECA

DELLE SCIENZE GIURIDICHE E SOCIALI.

Vol. 1.°

Pepere (Francesco, Prof. ordinario d'Introduzione Generale alle scienze giuridiche e storia del diritto nella R. Università di Napoli). Enciclopedia organica di Dritto — Napoli 1870. 2.ª edizione. Un vol. in 8 gr. . L. 15—

Vol. 2.°

Pessina (Enrico, Professore ordinario di Dritto penale nella R. Università di Napoli). Elementi di Dritto penale. Parte generale — 3.ª ediz. Napoli 1872, in 8° gr. L. 7—

Vol. 3.°

—— Elementi di Dritto penale. Parte speciale. (sotto i torchi).

Vol. 4.° e 5.°

Persico (Federico, Professore di Dritto amministrativo nella R. Università di Napoli). — Principî di Dritto amministrativo — Napoli 1872. 2 vol. in 8.° gr. — È pubblicato il 1.° vol. . . . . L. 5—

Vol. 6.° e 7.°

Ahrens (Errico, Professore di Diritto nell'Università di Lipsia). — Corso di Diritto Naturale o Filosofia del Diritto — Nuova traduzione italiana di Alberto Marghieri, sulla 6.ª originale, aumentata dalla teoria del diritto pubblico e del diritto delle genti — Napoli 1872. 2 vol. in 8.° gr. . . . . L. 10—

Vol. 8.° e 9.°

Gargiulo (F. Sav.) Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia comentato. — È pubblicato il 1.° vol. che comprende il 1.° Libro del Codice di proc. civile. 25 fasc. in 8.° gr. di pagine 56 cadauno . . . L. 25—

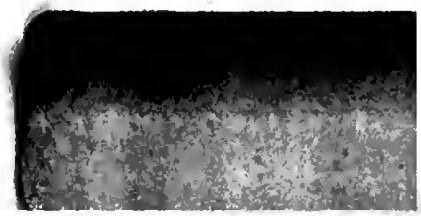
Vol. 10.°

Vismara (Prof. Ant. da Vergiate). Il Codice di procedura penale del Regno d' Italia spiegato col mezzo analogico, coll'autorità del Dritto romano e colle dottrine dei sommi penalisti: posto in relazione coi codici abrogati di proc. penale napoletano e italiano: coll'inserzione, sotto i corrispondenti articoli del codice, degli articoli della Legge sull'ordinamento giudiziario e del Regolamento generale giudiziario vigenti — 2.ª ediz. Napoli 1871. Un vol. in 8.° gr. . . . . L. 5—

Vol. 11.° e 12.°

Madia (Prof. Giuseppe) Istituzioni di procedura penale. Napoli 1872, 2 vol. in 8.° gr. . . . . L. 10—

Digitized by Google



Digitized by Google